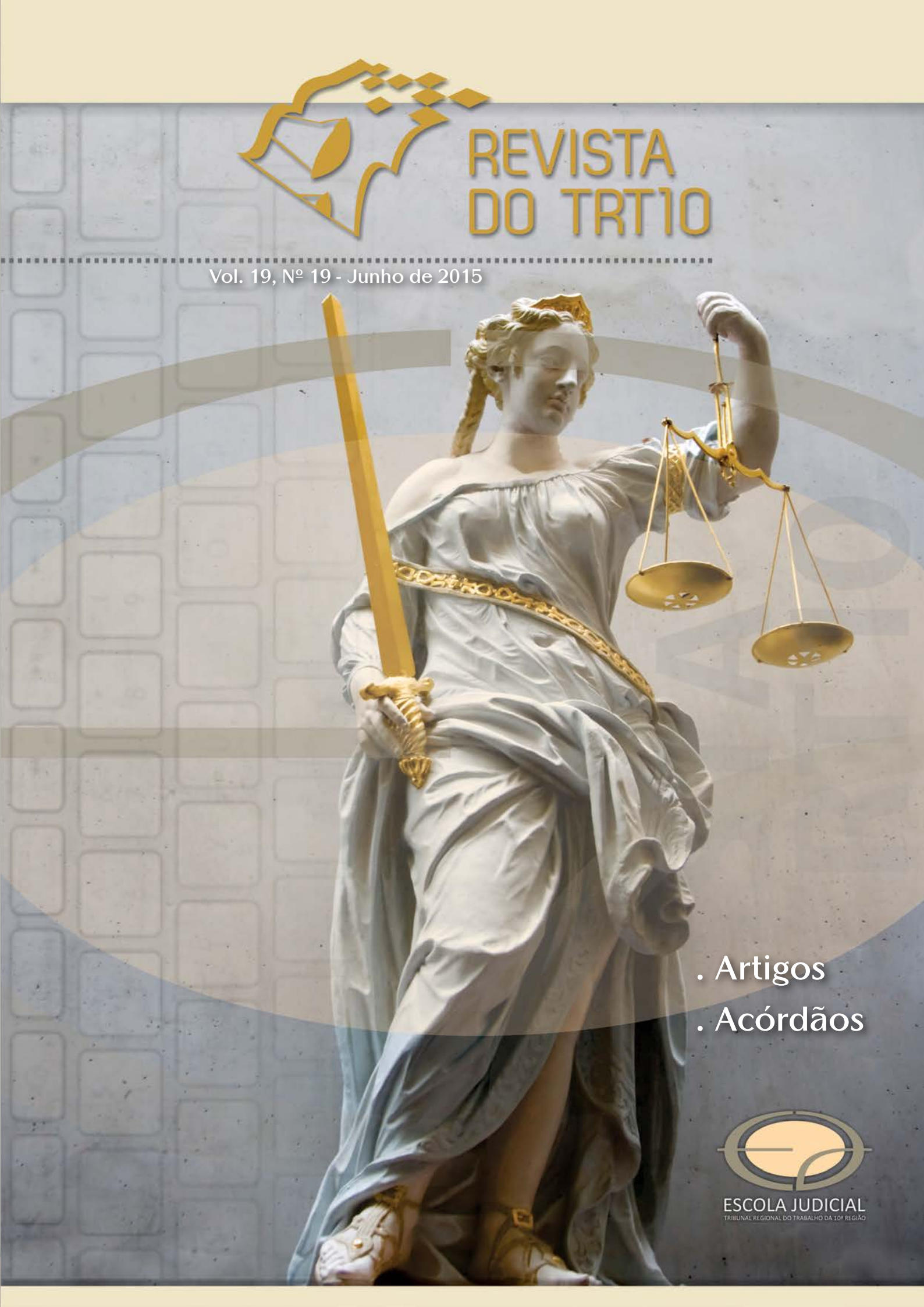
REVISTA DO TRT10

Vol. 19, Nº 19 - Junho de 2015



. Artigos

. Acórdãos

ESCOLA JUDICIAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO

ISSN-0104- 7027

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região
v.1, n.1, 1982/1983- . – Brasília : TRT 10ª Região, 1982/83 – .
v.

Bienal: 1982/1987.
Anual: a partir de 1994.
Publicação interrompida durante o período de 2012 a 2014.
ISSN 0104-7027

1. Direito do trabalho – periódicos. 2. Jurisprudência trabalhista.

CDD 342.6

Disponível em formato eletrônico no site: www.escolajudicial.trt10.jus.br

ESCOLA JUDICIAL

EXPEDIENTE

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO

PRESIDENTE
Desembargador ANDRÉ R. P. V. DAMASCENO

VICE-PRESIDENTE
Desembargador PEDRO LUÍS VICENTIN FOLTRAN

DIRETOR DA ESCOLA JUDICIAL
Desembargador BRASILINO SANTOS RAMOS

VICE-DIRETOR DA ESCOLA JUDICIAL
Desembargador DORIVAL BORGES DE SOUZA NETO

CONSELHO CONSULTIVO DA EJUD
Desembargador BRASILINO SANTOS RAMOS
Desembargador DORIVAL BORGES DE SOUZA NETO
Desembargador GRIJALBO FERNANDES COUTINHO
Juiz GILBERTO ALGUSTO LEITÃO MARTINS
Juíza SUIZIDARLY RIBEIRO TEIXEIRA FERNANDES
Servidora ROSEMARY DOMINGUES WARGAS

COMISSÃO DA REVISTA E OUTRAS PUBLICAÇÕES DA EJUD
Desembargador BRASILINO SANTOS RAMOS
Desembargador DORIVAL BORGES DE SOUZA NETO
Juiz FRANCISCO LUCIANO DE AZEVEDO FROTA
Juíza SOLYAMAR DAYSE NEIVA SOARES
Servidora ANA CRISTINA SAMPAIO ALVES

SECRETARIA EXECUTIVA
Servidora ROSANA DE OLIVEIRA SANJAD

COORDENAÇÃO
Servidora ANA CRISTINA SAMPAIO ALVES

LAYOUT E DIAGRAMAÇÃO
Servidor RICARDO CONCEIÇÃO BERMÚDEZ
Estagiária NAYANE CORDEIRO

REVISTA DO TRT10

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que a Escola Judicial do TRT-10ª Região apresenta a primeira edição de sua Revista, com artigos de doutrina e jurisprudência, em formato eletrônico. A escolha pelo conteúdo digital tem por objetivo permitir o amplo compartilhamento das informações, bem como contribuir para a responsabilidade ambiental.

O mundo do trabalho ganha mais uma publicação técnica produzida por especialistas – magistrados, advogados e servidores públicos -, que se empenharam em trazer à luz reflexões sobre os temas mais atuais e controversos do Direito, em especial o Direito do Trabalho. Por meio de Comissão própria, formada por quatro magistrados e uma servidora, procuramos selecionar artigos e jurisprudência que possam embasar estudos e decisões judiciais, dando um caráter utilitário à publicação.

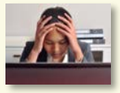
De periodicidade bianual em seu primeiro ano nesse formato, a Revista do TRT-10ª Região pretende tornar-se referência em temática e qualidade dos textos oferecidos. Num contexto de grandes mudanças sociais e novos desafios, esperamos que a Revista do TRT-10ª Região possa contribuir para a democratização do conhecimento e o aperfeiçoamento de nossas atividades.

Des. Brasilino Santos Ramos
Diretor da Escola Judicial

SUMÁRIO

Artigos

A relação de trabalho doméstico segundo a Emenda Constitucional 72..... **8**


Adoecimento psíquico ocupacional no Distrito Federal e em Tocantins sob a ótica da psicodinâmica do trabalho..... **19**

Acidente de trabalho - Caracterização da responsabilidade civil das construtoras e repercussões sociais..... **39**

A CLT invadida (ou domesticando a exclusão) O tardio ingresso do trabalho doméstico na CLT **56**

Revista em bolsas e sacolas de trabalhadoras e trabalhadores: Afronta à dignidade da pessoa humana e à inviolabilidade da intimidade,..... **67**

O trabalho infantil e a Previdência Social..... **86**

A função revisora dos tribunais: *QUID JURIS*?..... **94**

A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova e a sua aplicação no processo trabalhista brasileiro..... **108**

O direito de greve dos militares sob a análise dos movimentos paredistas e das possibilidades de modificação do texto constitucional..... **124**

Liberdade sindical e diálogosocial..... **135**

A aposentadoria especial e o uso de equipamento de proteção individual..... **142**

Neoconstitucionalismo: uma nova visão do direito..... **154**

A competência material da justiça do trabalho para julgar controvérsias de apólice de seguro de empregado..... **165**

Adicional de periculosidade para trabalhadores em motocicletas - Considerações acerca da lei 12.997/2014..... **178**

Discriminação racial e assédio moral no trabalho..... **190**

As leis 12.619/2012 e 13.103/2015 que disciplinam a profissão de motorista - Questões controversas..... **202**

Acórdãos..... **218**

ARTIGOS

A RELAÇÃO DE TRABALHO DOMÉSTICO SEGUNDO A EMENDA CONSTITUCIONAL 72

Desembargador ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA
TRT 10ª Região

A Constituição brasileira recebeu, promulgada em 02 de abril de 2013 e com vigência a partir do dia seguinte, quando publicada, sua Emenda 72, que passa a regular as relações de emprego doméstico, alterando o conteúdo anterior do parágrafo único do artigo 7º da Carta de Outubro de 1988, assim agora com o seguinte teor:

> *"Art. 7º. (...)*
> *(...)*
> *Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social."*

Num contraponto inicial, cabe perceber que o dispositivo original do parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal enunciava aplicáveis aos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos respectivos incisos IV (garantia do salário mínimo), VI (irredutibilidade salarial), VIII (décimo terceiro salário), XV (repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos), XVII (férias anuais com adicional de 1/3), XVIII (licença à gestante), XIX (licença-paternidade), XXI (aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, no mínimo de 30 dias) e XXIV (aposentadoria), além da integração à Previdência Social.

Todos os direitos assegurados em 1988 restam mantidos, acrescidos agora de outros com vigência imediata ou dependentes de regulamentação específica, no que já se estabelece para estes últimos que as normas vigentes para os trabalhadores em geral não se lhes aplicam porque a Emenda Constitucional nº 72 exige a observância de normas próprias que definam a simplificação para o cumprimento das obrigações tributárias, principais e assessórias e às peculiaridades da relação do trabalho para a incidência doutros aspectos.

Todos os direitos assegurados em 1988 restam mantidos, acrescidos agora de outros com vigência imediata ou dependentes de regulamentação específica.

Por isso, são acrescidos aos direitos dos trabalhadores domésticos, com vigência imediata desde a publicação da Emenda Constitucional nº 72, os contidos na Constituição Federal, artigo 7º, incisos X (proteção ao salário, constituindo crime a retenção dolosa), XIII (jornada máxima diária de 8 horas e de 44 horas semanais, facultada compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho), XVI (adicional mínimo de 50% para as horas extraordinárias de trabalho), XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho), XXVI (reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho), XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivos discriminatórios – sexo, idade, cor ou estado civil) e XXXIII (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo, a partir de 14 anos, como aprendizes).

Doutro lado, mas dependentes de regulamentação específica, ficam estendidos os direitos contidos na Constituição Federal, artigo 7º, incisos II (seguro-desemprego em caso de desemprego involuntário), III (FGTS), IX (remuneração de trabalho noturno superior ao trabalho diurno), XII (salário-família aos dependentes, sendo o trabalhador de baixa renda), XXV (assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 anos de idade em creches e pré-escolas) e XXVIII (seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, para permitir o benefício previdenciário correspondente, sem prejuízo da indenização patronal quando o patrão incorrer em culpa ou dolo).

Percebo, desde logo, que a omissão contida no artigo 7º, parágrafo único, segundo o texto original de 1988 persiste, ainda agora com a Emenda Constitucional nº 72, em relação ao prazo prescricional, que não se invoca como aquele descrito para os trabalhadores em geral contido no inciso XXIX (prazo prescricional de cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho), assim denotando que, nas relações de trabalho doméstico, poderia o legislador fixar prazo diferenciado, embora corrente jurisprudencial indique que, em não se tratando a prescrição de direito trabalhista, mas de instituto que o restringe, incidiria o marco prescricional geral dos trabalhadores urbanos e rurais contido no referido inciso XIX do artigo 7º da Constituição, também aos domésticos, já que não deixam de ser, nas suas peculiaridades, também trabalhadores urbanos ou rurais. De todo modo, penso que nada afastaria a possibilidade de ter a EC 72 já corrigido a falha anterior e, quando menos, indicar que os direitos assegurados aos domésticos observavam o contido no inciso XIX do pertinente artigo 7º.

Ao estabelecer o comando dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a Carta de Outubro de 1988 havia distinguindo os trabalhadores domésticos por considerar, com acerto, que os empregadores domésticos não se podiam situar no mesmo patamar que outros empregadores, sobretudo empresas, dadas as peculiaridades das relações de trabalho no âmbito doméstico.

Não tenho dúvidas de que os avanços alcançados então pelo ordenamento contido no parágrafo único do artigo 7º da Constituição poderiam ter sido desde 1988 maiores, como a extensão do fundo de garantia por tempo de serviço que permitiria resguardar aqueles trabalhadores com grande tempo de casa que eram, de um dia para outro, demitidos sem receber nada além do que as verbas rescisórias cabíveis, perdendo qualquer compensação pelo tempo de serviço aos mesmos empregadores e, por vezes, sem novas chances de recolocação no mercado de trabalho, a elucidar, também, a falta do seguro-desemprego para essa categoria. No contraponto da maior oneração ao empregador doméstico, havia fórmulas já então capazes de permitir o devido resguardo ao trabalhador doméstico, sobretudo nas situações decorrentes de rescisões contratuais. Doutro lado, à ocasião o ponto nevrálgico que se estabeleceu na Assembleia Constituinte dizia respeito, mais, às questões alusivas à jornada doméstica e ao controle de horário, tema que agora empresta maior debate em decorrência da Emenda Constitucional nº 72, sobretudo pela perplexidade de como controlar-se a jornada no ambiente doméstico. Parece-me, contudo, que, nesse particular, o constituinte derivado poderia ter ido em medida a garantir a jornada semanal, sem afastar o regramento das jornadas diárias ao ajuste entre patrões e empregados domésticos, dadas as peculiaridades que regem tais relações, sobretudo aquela que denota uma sobreposição necessária, por vezes, de modo a garantir que os empregadores possam, igualmente, trabalhar, enquanto os empregados domésticos acabam

por gerir suas casas e a cuidar de seus filhos ou familiares mais necessitados. Ademais, parece-me que houve um desvio significativo da rota firme empreendida nos Governos Fernando Henrique e Lula, quando aprovadas as Leis 10.208/2001 e 11.324/2006, assim alterando a Lei nº 5.859/1972, que dispõe sobre o emprego doméstico, inserindo medidas paulatinas para o implemento de certos direitos, ainda que timidamente, alguns sob a premissa de faculdade ao empregador doméstico, além de normas que desoneraram os empregadores domésticos e permitiram implemento significativo nos registros de contrato de trabalho doméstico, retirando da informalidade muitos empregados domésticos, assim garantindo-lhes não apenas direitos trabalhistas, porque estes não se apagam à falta do registro devido à luz do princípio do contrato realidade que rege o Direito do Trabalho, mas assegurando-lhes direitos previdenciários, sem prejuízo daquel'outros direitos trabalhistas que sequer eram previstos no parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal e que passaram a integrar o elenco direitos aplicáveis ou possíveis de aplicar às relações de trabalho doméstico.

Penso, portanto, que medida mais salutar seria prosseguir com a contínua regulamentação infraconstitucional para a desoneração contínua dos empregadores domésticos e a estimulação à formalização dos contratos de trabalho doméstico, atraindo ainda ao implemento de novos direitos, como emergeria do FGTS obrigatório e assim do direito decorrente ao seguro-desemprego, sem prejuízo de outros direitos que, paulatinamente, poderiam ser, com a devida reflexão e contínua observância do fluxo de formalização contratual, implementados.

Cabe perceber-se, sempre, que o caput do artigo 7º da Constituição Federal, ao qual o seu parágrafo único se vincula, não impede que outros direitos que permitam a melhoria da condição social dos trabalhadores sejam deferidos além dos que expressamente exige, inclusive porque no plano do Direito do Trabalho a Constituição, conquanto norma hierárquica suprema, é ponto de partida para os direitos do trabalhador e não limite.

Contudo, se a crítica poderia ter sido feita antes e assim agora se perfaz, seus efeitos já não têm significância maior à medida que a Emenda Constitucional nº 72 restou aprovada em tempo recorde nas duas Casas do Congresso Nacional, sem maiores debates nos intercursos exigidos pela própria Constituição para ensejar as reflexões pertinentes, já assim vigente desde 03 de abril de 2013, quando publicada.

Cabe, doravante, analisarmos os efeitos cotidianos das novas medidas nas relações domésticas de trabalho.

A oneração emergente da Emenda Constitucional nº 72, é certo, transparece mais, de imediato, no aspecto das horas extras devidas, e, logo mais adiante, no implemento ao custeio do fundo de garantia por tempo de serviço, decorrendo, no pertinente à jornada, sobretudo a perplexidade daqueles que dependem de uma jornada diária mais

estendida do trabalhador doméstico para fazer frente a cuidados, sobretudo, com crianças, idosos, doentes e pessoas portadores de necessidades especiais. Com efeito, há que se perceber, parecendo não ter sido antes assim percebido, que a jurisprudência trabalhista há muito tem enquadrado aqueles envolvidos nas atividades de babás ou cuidadores, inclusive ou ainda quando detentores de conhecimentos de enfermagem básica, técnica ou superior, também como empregados domésticos, já que o conceito transpassa para todos que desempenham cotidianamente trabalho no ambiente doméstico em prol da família. Nessa perplexidade de como resolver as situações surgidas com a EC 72, espero ter as respostas adequadas para que os transtornos ou sofrimentos aparentes dessa oneração repentina não se transformem, ainda mais, como já se tem indicado na mídia, na perda de postos de trabalho por diversos empregados domésticos ao instante que seus empregadores preferem não arcar com os custos acrescidos, substituindo o trabalho contínuo por aquele eventual de trabalhadores autônomos contratados como diaristas para, sem os direitos inerentes aos empregados domésticos, fazer frente a suas necessidades, ao instante em que deslocam filhos para creches ou escolas de regime integral e seus idosos, doentes ou pessoas necessitadas para asilos ou instituições de apoio, fora assim do ambiente familiar em que poderiam ser melhor cuidados.

Não tenho, com a devida vênia de quem assim empresta valor a tal assertiva, o ideal de que a Emenda Constitucional nº 72 simboliza a segunda fase da abolição da escravatura, não compartilhando da imagem fácil que se tem dado na mídia de que os empregados domésticos são escravos de seus empregadores, porque então se deveria ter a premissa de que a Constituição de 1988, dita então como Carta da Cidadania, nada mais seria que, para muitos grupos, mera falácia.

> Cabe, doravante, analisarmos os efeitos cotidianos das novas medidas nas relações domésticas de trabalho.

Não significa dizer, doutro lado, que neste País não haja trabalhadores domésticos submetidos a condições impróprias de trabalho, mas isso se percebe, sobretudo, naqueles rincões em que o Estado não se apresenta ou nas situações em que a informalidade se sobrepõe, solapando direitos trabalhistas e previdenciários legítimos, não podendo ser considerados como senhores feudais aqueles que, por vezes na classe média, servem-se de empregados domésticos devidamente registrados, observando os direitos devidos e emprestando-lhes todo o respeito exigido.

Nesse contraponto, a Emenda Constitucional nº 72, ao acrescer direitos trabalhistas ao rol antes elencado no texto original do artigo 7º, parágrafo único, da Constituição, não fez muito diferente do que os efeitos que se perseguiam com as citadas Leis 10.208/2001 e 11.324/2006, embora, com o maior alarde, pareça provocar efeito contrário ao indicar

um preocupante rompimento do paradigma de formalização dos contratos de trabalho e do afastamento dos patrões para a busca de trabalhadores eventuais, desprovidos de maiores direitos, enquanto senhores de si próprios na exigência contributiva à Previdência Social e no assegurar valores de reserva para que possam ter descansos semanais ou anuais, preocupações longe daqueles empregados domésticos regulamente registrados.

Ademais, fosse a estabelecer uma ruptura geral da condição de trabalhadores domésticos, cabe perguntar o por quê de não se ter emprestado toda a extensão do contido no artigo 7º da Constituição a tal categoria, no que o parágrafo único seria algo do passado. Com efeito, assim não foi porque ainda se percebeu, como em 1988, que as relações domésticas, seja no campo ou na cidade, guardam distinções em relação àquelas dos trabalhadores em geral, dado o ambiente familiar, de confiança e informalidade cotidiana que se reveste, ao contrário do ambiente das empresas em que a subordinação e os rituais se estabelecem na cadeia de comando, assim como o diferencial na existência de pessoal por vezes destinado a gerir as próprias folhas de pagamento, algo impensável no ambiente doméstico, em que o patrão deve ter os meios de controlar, por si, todos os pagamentos e recolhimentos a seu cargo, sem maiores burocracias, de modo a não ser desestimulado ao registro de seus empregados domésticos.

No tema particular da jornada, há que se perceber que os contratos de trabalho doméstico passam a encontrar apenas o limite da jornada diária ou semanal de trabalho, sem desqualificar os efeitos dos contratos então vigentes quanto ao ajuste do salário em relação à jornada média estabelecida entre patrões e empregados domésticos, porque doutro lado seria considerar-se, então, de modo totalmente inadequado, que os trabalhadores domésticos trabalhavam certas horas sem qualquer remuneração, quando o efeito decorrente da Emenda Constitucional é considerar, apenas, que aquelas horas antes pagas de modo simples, quando percebidas agora como extraordinárias, devem ter o acréscimo devido do adicional de 50% para sua remuneração regular.

Nesse particular, é razoável que o empregador doméstico, ao contratar (ou ao re-ratificar os contratos então vigentes quando da EC 72), defina o horário exigido do trabalhador e os períodos pré-assinalados destinados a intervalo para repouso e refeição com almoços, jantares ou lanches, segundo o descrito no artigo 71 da CLT, sem que isso corresponda exigir folha de ponto nas residências, a teor, contrário senso, do artigo 74, § 2º, da CLT, exceto na excepcionalidade de contar

o empregador doméstico com mais de dez trabalhadores no ambiente residencial, assim definindo a jornada regular para os limites de 8 horas diárias ou 44 horas semanais, ou ainda de 6 horas diárias quando o trabalho se realizar sob regime de revezamento em turnos ininterruptos, além de já indicar-se o eventual ajuste a horas extras precontratadas.

Por óbvio, na consideração do valor da hora de trabalho doméstico para fins de apuração da hora extra não se há que afastar do contido no artigo 7º, IV, da Constituição quando garante, desde 1988, o salário mínimo aos empregados domésticos, assim, inclusive, nas vertentes pertinentes do valor mínimo a título de hora ou dia trabalhados, porque, em havendo desvio desse patamar, há que se perfazer a regular correção ou desqualificação do salário ajustado, desde antes.

Também se há que perceber que a Constituição fixa a duração do trabalho, assim não se compreendendo no cômputo de jornada o tempo destinado a descanso intrajornada ou interjornada, ainda quando o empregado doméstico resida na residência do próprio empregador, enquanto não chamado, nas horas de descanso, ao trabalho regular ou excepcional, não se podendo, sequer, considerar o período de descanso como horário à disposição do empregador, porque assim não se pode ter o período destinado a refeição, descanso e sono. A excepcionalidade de eventual chamado para atender situação emergencial e excepcional não desnatura a qualidade desse chamado como se inserido num cotidiano, eis que o sobreaviso ensejaria uma atenção contínua do obreiro na possibilidade de ser chamado, resultando diminuição dos efeitos do descanso regular, em que o trabalhador tem o tempo a seu dispor ou sem maior preocupação com o trabalho. Sendo assim, não se há, sequer, que exigir que o descanso seja realizado fora do ambiente doméstico, porque não se há que admitir o absurdo de expulsar o empregado do ambiente de trabalho enquanto no período destinado a descanso intrajornada, nem de confiná-lo a ambientes restritos de modo a sinalizar algo diferente, quando a exegese do intervalo diz com período em que o trabalhador não deve ter exigido trabalho e pode dispor do tempo de descanso e refeição, ainda

que, por vezes, junto a outros empregados ou aos familiares da casa onde trabalhe. Não se há, com a devida vênia, que transformar a relação doméstica num inferno, em que o empregado doméstico tenha que ser isolado do convívio familiar para não corresponder à prestação de trabalho, quando o descanso pode perfazer-se, regularmente, nos limites do bom senso e dentro do próprio ambiente residencial.

Doutro lado, quando já antevisto problema no ambiente doméstico para a regulação da jornada diária, admite-se, como nos contratos de trabalho em geral, ajustar-se, mediante acordo individual escrito, a compensação da jornada do empregado doméstico, a teor da Súmula 85-I, do colendo Tribunal Superior do Trabalho, devendo, nesse particular efeito, o eventual ultrapassar da jornada diária de oito horas encontrar o limite constitucional de 44 horas semanais, sob pena de serem devidas as horas extras que sobrepõem-se eventualmente a tal limite, observando-se, ainda, eventuais efeitos da referida Súmula 85-IV/TST quando descreve que "a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário".

Igualmente, como antes indicado, não há impeditivo a precontratar horas extras, desde que observado o limite de duas horas extras diárias, a teor do artigo 59 da CLT, quando assevera que "a duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante acordo coletivo de trabalho", considerado, ainda, por lógico, o dever de remunerar outras horas excedentes trabalhadas excepcionalmente, a teor da Súmula 376/TS, ainda quando superado o limite pré-ajustado, não se parecendo, por enquanto, aplicáveis as disposições legais decorrentes da Lei nº 9.601/1998, quanto ao banco de horas, já que o colendo Tribunal Superior do Trabalho compreende que o preceito legal exige seu estabelecimento por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, a afastar a possibilidade de ajuste individual entre as partes.

Cabe notar que, conquanto a Emenda Constitucional nº 72 tenha reconhecido a possibilidade de acordos e convenções coletivas de trabalho no âmbito das relações de trabalho doméstico, não parece razoável compreender os empregadores domésticos como empresas para os fins do artigo 611, § 1º, da CLT, enquanto assim não se dispor, além de perceber-se dificuldade de constituição de sindicatos patronais domésticos, ou ao menos agora sua exigência para emprestar campo a tal incidência, dada a inexistência de finalidade econômica como decorre dos empregadores em geral e a desorganização inerente a tal categoria, ainda quando se perceba a existência de associações de donos e donas de casa que ainda devem trilhar um longo caminho até estabelecerem as premissas inerentes à transformação em sindicatos patronais.

No exame dos novos direitos trabalhistas já vigentes desde a publicação da EC 72, cabe, ainda, quanto a efeitos diretos incidentes sobre os empregadores domésticos, a proibição, doravante, de contratação de menores

de 16 anos para qualquer trabalho doméstico, exceto a partir dos 14 anos se considerados aprendizes, e, ainda, o trabalho noturno ou considerado perigo ou insalubre a menores de 18 anos. Nesses casos, em havendo empregado nessas condições, o efeito imediato exige a rescisão do contrato de trabalho doméstico anterior, porque doravante não se lhe empresta mais licitude, pelo que antes decorria do contido no artigo 5º, II, da Constituição Federal, de que se não era obrigado ou proibido de fazer algo mediante lei, assim se poderia deixar de fazer ou fazer, enquanto agora a proibição decorre de comando constitucional e inibe efeitos regulares ao contrato assim proibido de existir.

Igualmente, resta vedado doravante estabelecer o empregador doméstico distinção salarial, de exercício de funções ou de critério de admissão de empregado doméstico por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, sem nisso se distanciar do que o colendo Supremo Tribunal Federal assinalou quando da análise de preceito similar, assim distinguindo que não emerge discriminação quando a atividade exigida seja inerente ao critério estabelecido, em razão da natureza e das atribuições específicas do emprego, mas apenas quando se percebe num óbice sem vinculação a qualquer elemento da atribuição a desenvolver.

Com relação aos direitos dependentes de regulamentação infraconstitucional específica, cabe esclarecer que alguns estão na esfera do Estado e não do empregador doméstico, enquanto outros dependem de fonte de custeio a ser discriminada, no que haverá lógica oneração patronal.

Sem descrever exercício de futurologia, parece lógico que a lei de regência quanto ao FGTS e ao seguro-desemprego será a própria Lei nº 5.859/1972, com as alterações então empreendidas pela Lei nº 10.208/2001, excluída por óbvio a facultatividade do empregador doméstico incluir o empregado doméstico no regime fundiário e, assim, a permitir-lhe o eventual benefício do seguro-desemprego.

Doutro lado, emerge óbvio que, inclusive de modo a evitar demissões no âmbito doméstico de trabalho, deverá haver uma desoneração pela redução das alíquotas de contribuição previdenciária e de recolhimento fundiário, inclusive porque ainda se deve somar, num contexto a definir, os valores a título de salário-família e se devidos pelo INSS ou diretamente pelo próprio empregador, ainda que como contrapartida contributiva, como assim também a alíquota pertinente ao seguro de acidente de trabalho doméstico (SAT) para fazer jus à contrapartida do eventual benefício previdenciário, ainda que possa ser também responsabilizado o empregador doméstico quando o acidente de trabalho tenha ocorrido em decorrência de dolo ou culpa patronal à conta de negligência, imprudência ou imperícia no exigir ou permitir certos trabalhos no ambiente doméstico.

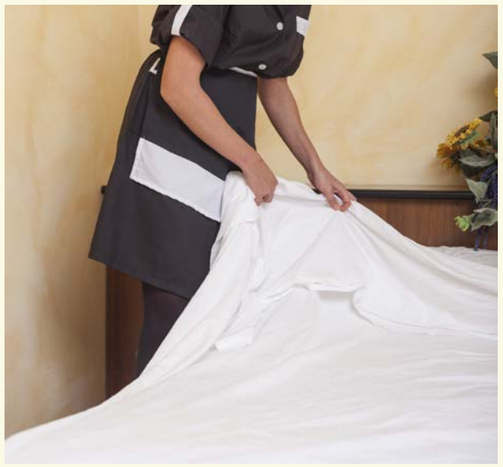
Quanto ao adicional noturno, a EC 72 não admite a atração das regras da CLT, ao menos por ora, se assim não for expressamente determinado em lei específica, que pode, doutro lado, estabelecer parâmetros diferenciados para sua apuração e ao percentual incidente sobre a hora diurna de trabalho, inclusive assim considerando as particularidades domésticas e, quiçá, e assim se espera, as necessidades de certos contratos de trabalho envolverem trabalho noturno para os cuidados com crianças, idosos, doentes e

portadores de necessidades especiais, muitas vezes, sobretudo nesses últimos casos, a exigir grupos em revezamento pela necessidade de atenção permanente, sob pena de termos outro problema social estabelecido, assim a necessidade de o Estado aparelhar instituições capazes de cuidar dos idosos, dos doentes e de certos portadores de necessidades especiais que não podem prescindir de atenção contínua e direta.

Por fim, quanto à garantia de assistência em creches e pré-escola aos filhos dos empregados domésticos, emerge tal benefício como incumbência do Estado, mais ainda agora provocado a resolver o problema social estabelecido, igualmente, pela demanda exigida por muitos futuros ex-empregadores domésticos que, trabalhadores noutras esferas, também passarão a exigir do Estado a incidência que lhes pertine quanto ao artigo 7º, XXV, da Constituição Federal, porque doutro modo os trabalhadores em geral restarão prejudicados no desempenho do labor cotidiano que se lhes exigem os respectivos empregadores, preocupados com os cuidados que possam ser ministrados a seus filhos, tanto mais quando desprovidos de apoio familiar para tanto.

Concluindo, penso que acerta quem diz que a Emenda Constitucional nº 72 quebra paradigmas, mas em graus diversos, porque estabelece, em verdade, uma inversão dos valores que se vinham paulatinamente instituindo com a maior formalização dos contratos de trabalho doméstico, ameaçando com o desemprego inúmeros trabalhadores domésticos que, sem maior formação, não terão outro emprego que não o retornar ao labor doméstico sob condições salariais mais desfavoráveis para a contrapartida patronal às onerações doravante exigidas ou para trabalharem como autônomos, assim reduzindo valores de sustento ao instante em que igualmente onerados com as exigências de contribuição própria para garantir benefícios previdenciários ou para as reservas financeiras necessárias a permitir-lhes folgas ou férias regulares. Nisso, talvez, pode emergir uma paradoxal redução do padrão de vida que muitos empregados domésticos haviam alcançado nos últimos anos, inclusive atraindo pessoas que, mesmo providas de cursos médios ou superiores, não conseguiam colocação no mercado de trabalho em geral, cabendo notar, nesse contexto, que o trabalho doméstico envolve, conforme precedentes, além daqueles clássicos, todos os que se desenvolvam no apoio familiar, inclusive assim enquadrando curadores de crianças, idosos e pessoas com necessidades especiais.

O exíguo intervalo de tempo desde quando aprovada a proposta em primeiro turno na Câmara dos Deputados até sua aprovação em segundo turno no Senado Federal e consequente promulgação pelas Mesas das Casas do Congresso Nacional permite vislum-



brar quanto fora pouco discutida em relação a efeitos imediatos e mediatos, mas, em se tratando de emenda constitucional, nada mais há que se ajustar as normas infraconstitucionais que permitam, quando menos, evitar maior oneração aos empregadores domésticos e assim, sem perda da qualidade de vida dos empregados domésticos, permitir manter, tanto quanto possível, número razoável de contratos em vigência. Tal se demonstra, ainda agora, porquanto passados quase dois anos da promulgação da EC 72, ainda não conseguiu o Parlamento definir as normas de regulamentação, não se devendo, contudo, que novo afã de apressar as coisas possa perturbar as reflexões necessárias a implementar medidas de melhoria nas condições de trabalho dos empregados domésticos, sem quebrar o padrão de empregos e salários, sobretudo à conta de dificuldades aos patrões para manter tais profissionais em casa.

Não emerge dúvidas, de todo modo, que várias questões serão, sob o enfoque do novo ordenamento constitucional, submetidas ao exame da Justiça do Trabalho...

Não emerge dúvidas, de todo modo, que várias questões serão, sob o enfoque do novo ordenamento constitucional, submetidas ao exame da Justiça do Trabalho que, espero, fará prevalecer o bom senso na regular e razoável aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes ao trabalho doméstico de modo a resguardar íntegras as relações sociais que assim se estabelecem no especial ambiente familiar, sem com isso, igualmente, distanciar-se das conquistas trazidas aos empregados domésticos.

Nesse equilíbrio social necessário, espero, os Juízes e Tribunais do Trabalho devem encontrar o ponto certo de interpretação constitucional e infraconstitucional condizente a garantir a eficácia da Emenda Constitucional nº 72, mais ainda pela existência de relações de trabalho domésticas a regular, porque não me parece que o constituinte derivado tenha, ao estabelecer a alteração constitucional descrita, pretendido instituir letra morta ao instante em que sucumbissem para o nada os contratos de trabalho existentes atualmente ou que pudessem ser firmados no futuro com a dignidade ao trabalho devidamente remunerado, como se vinha empreendendo, paulatinamente, no plano infraconstitucional.

Como magistrado trabalhista, espero que a prestação jurisdicional a ser enunciada nos casos decorrentes pela Justiça do Trabalho demonstre a razoabilidade que deve decorrer da confiança e do respeito que nos inspiram a Sociedade brasileira.

(Brasília/DF, 04 de abril de 2013 atualizado em 01 de outubro de 2014).

ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA

Desembargador do Tribunal Regional

ADOECIMENTO PSÍQUICO OCUPACIONAL NO DISTRITO FEDERAL E EM TOCANTINS SOB A ÓTICA DA PSICODINÂMICA DO TRABALHO

PSYCHIC OCCUPATIONAL DISORDERS IN THE DISTRITO FEDERAL AND TOCANTINS FROM THE PERSPECTIVE OF PSYCHODYNAMICS OF WORK

Ana Cláudia de Jesus Vasconcellos Chehab[1]

Psicóloga da Secretaria de Educação do DF

RESUMO

Introdução: O adoecimento psíquico pelo trabalho afeta inúmeros trabalhadores e empresas, sobrecarrega os serviços de saúde e de previdência e desafia os operadores do Direito e da Saúde. Objetivo: quantificar e avaliar o adoecimento psíquico pelo trabalho no Distrito Federal e em Tocantins à luz da psicodinâmica do trabalho. Metodologia: discussão teórica e análise de dados estatísticos oficiais sobre as causas de enfermidades psíquicas de acidentes de trabalho e auxílio acidentes entre 2010 a 2013, confrontando com as atividades econômicas em que aparecem com maior freqüência. Resultados: O Distrito Federal e o Tocantins tiveram juntos quase 1200 acidentes de trabalho por doen-

1. Mestranda em Psicologia pela UCB, com ênfase em Psicologia, Trabalho e Direitos Humanos. Especialista em Psicologia da Educação. Psicóloga da Secretaria de Educação/DF, lotada na perícia psicológica da Coordenadoria de Saúde Ocupacional. Foi servidora cedida para o TST, psicóloga do CREAS na Bahia e professora de Psicologia Jurídica.

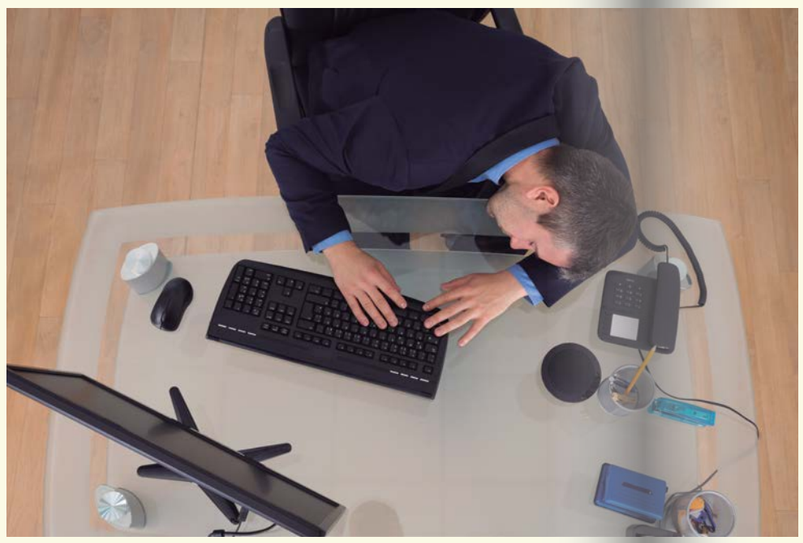
ças psíquicas no triênio de 2010 a 2012. A maior incidência desses males está concentrada em poucas atividades econômicas. Enfermidades associadas ao estresse grave e de adaptação e aos transtornos de humor, em especial depressão e ansiedade, constituem a maior parte desses acidentes. Conclusões: as estratégias de defesa e de mobilização não foram suficientes para evitar o adoecimento em atividades econômicas com riscos psicossociais. A doença psíquica ocupacional vitimiza uma coletividade de trabalhadores e não apenas um indivíduo isoladamente. A Psicodinâmica do trabalho é útil para a compreensão do problema.

PALAVRAS-CHAVES: saúde mental; transtorno psíquico no trabalho; doença ocupacional; psicodinâmica do trabalho.

ABSTRACT

Introduction: the mental disorder at work affects many workers and employers, puts additional strain on health and welfare services and defies the jurists and the health professionals. Objective: quantify and analyze the work' mental disorders in the Distrito Federal and in Tocantins from the perspective of the Psychodynamics of work. Methodology: theoretical discussion and analysis of official statistics on the causes of mental diseases of accidents at work and accidents benefit between 2010 to 2013, confronting the economic activities in which they appear with most frequency. Results: The Distrito Federal and the Tocantins had almost 1200 accidents at work since 2010 until 2013. The highest incidence of these diseases is concentrated in few groups of related economic activities. Diseases associated with serious stress and adaptation and affectivity disorders, particularly depression and anxiety, are the major causes of these accidents. Conclusions: defense strategies and mobilization failed to protect the health in economic activities with psychosocial risks. The psychic occupational disorder victimizes a collectivity of workers and not only a singular person. The Psychodynamics of work is useful for the understanding of the problem.

KEYWORDS: *mental health; psychic disorder at work; occupational disease; psychodynamics of work.*



INTRODUÇÃO

A psicodinâmica do trabalho investiga a saúde do trabalhador à luz da vivência subjetiva de prazer e sofrimento, busca entender a correlação entre o sofrimento psíquico e a organização laboral e analisa as estratégias de defesas e o adoecimento provocado por esse sofrimento. Por essa ótica, debate-se o adoecimento psíquico pelo trabalho no Distrito Federal e em Tocantins, unidades da federação da 10ª Região da Justiça do Trabalho.

A pesquisa tem como público alvo os trabalhadores vinculados ao regime da Previdência Social acometidos de transtornos mentais ocupacionais no DF e em TO. A partir da contribuição teórica da psicodinâmica do trabalho e dos conceitos de doenças psíquicas e ocupacionais, procura-se quantificar e avaliar esse adoecimento psíquico. O método utilizado, para isso, é a coleta e a análise de dados das estatísticas oficiais de acidentes de trabalho e da concessão de auxílio acidente, nos triênios de 2010 a 2012 ou de 2011 a 2013, considerando as causas, segundo o Código Internacional de Doenças, 10ª referência (CID-10), e a atividade de origem, de acordo com a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).

Esse enfoque é pouco debatido no meio jurídico brasileiro, apesar das inúmeras pesquisas em Psicologia do Trabalho. O tema da saúde psíquica é atual, pois retrata um fenômeno cujas ocorrências vêm crescendo paulatinamente, inclusive em Reclamações Trabalhistas; é importante, por ser uma das maiores causas de doença ocupacional e de afastamentos no trabalho; e traz relevante repercussão jurídica e socioeconômica, por atingir milhares de trabalhadores todos os anos, afetar o cotidiano de inúmeras empresas, sobrecarregar os serviços de saúde e de previdência e exigir dos operadores do direito um conhecimento técnico-especializado para a análise do problema.

1 A PSICODINÂMICA DO TRABALHO

Desenvolvida a partir dos estudos de Christophe Dejours em 1980, a psicodinâmica do trabalho, outrora psicopatologia do trabalho, é uma abordagem científica, de caráter clínico e autônomo, com objeto, princípios, conceitos e métodos próprios. Ela se apoia na descrição e no conhecimento das relações entre trabalho e saúde mental, que torna o trabalho central para a formação da identidade e para a saúde mental do sujeito (DEJOURS, 2009). O trabalho, do ponto de vista psíquico, deve contribuir para a construção da identidade do trabalhador e de sua saúde mental e serve para a sua realização ou para a sua destruição (MERLO, 2014).

O trabalho engloba um engajamento mental e psicoafetivo de todo o indivíduo e de toda sua personalidade. Implica os gestos, o saber-fazer, o engajamento do corpo, a mobilização da inteligência, a capacidade de refletir, de interpretar e de reagir às diferentes situações, é o poder de sentir, de pensar, de inventar (DEJOURS, 2012, p. 24-29). "Trabalhar" vai além da mera execução de uma tarefa, envolve toda a subjetividade do trabalhador, mobiliza o corpo, a inteligência, a pessoa, para produzir algo útil (DEJOURS apud MOLINIER, 2013, p. 103).

O alvo da psicodinâmica do trabalho é compreender o que move psíquica e socialmente o sujeito no trabalho (MENDES e DUARTE, 2013); os processos psíquicos existentes; a formação da identidade individual e social do sujeito; o confronto entre o mundo externo e interno do trabalhador; o sofrimento e o prazer no labor e a influência da organização do trabalho na qualidade de vida, na saúde mental, no desgaste e no adoecimento do trabalhador (LANCMAN, 2011, pp. 41-42).

Assim, as relações dinâmicas entre a organização do trabalho e a saúde mental constituem o objeto de estudo da técnica dejouriana. Porém, não se restringe aos seus efeitos nocivos, mas inclui também as situações que são favoráveis à construção da saúde.

1.1 ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

O estudo das dinâmicas que levam ao prazer e ao sofrimento no trabalho e aos seus desdobramentos, inclusive psicossomáticos, também compreende as consequências das organizações e modelos de gestão do trabalho sobre o aparelho psíquico do trabalhador.

Com base na Ergonomia, Molinier (2013, p. 85) afirma que a organização do trabalho compreende a divisão técnica, social e hierárquica do trabalho. A primeira é como as tarefas são realizadas, a produtividade esperada, ou seja, as regras formais. A divisão social e hierárquica do trabalho constitui as formas de comando e de coordenação, os níveis de responsabilidade e de autonomia e tudo o que envolve a avaliação do trabalho.

A organização do trabalho ganhou impulso no modelo taylorista, fundado em princípios da "administração científica do trabalho", posteriormente adaptados para outros modelos. Henry Ford aplicou-os na indústria automobilística com a esteira de produção em massa. No Japão, a Toyota desenvolveu um modelo de produção flexível bastante difundido em outros países em detrimento da rigidez e da padronização na execução das tarefas.

Novos modelos de gestão do trabalho, dentro de um contexto neoliberal e de globalização, trouxeram novas formas de organização laboral, que também geram alienação e sofrimento. A consequência do aumento da produtividade, do ritmo da execução das tarefas e do cumprimento de metas desencadearam o aparecimento de patologias mentais relacionadas ao trabalho, como suicídios no trabalho e enfermidades oriundas do assédio e da sobrecarga.

O modo como o trabalho é organizado influencia a vida do trabalhador, apropria-se não apenas do tempo e dos seus movimentos, mas de sua subjetividade (VIEIRA et al., 2013, p. 270). O trabalho não se resume apenas numa relação salarial ou empregatícia, mas consiste no trabalhar, ou seja, um modo específico de envolver a subjetividade, o próprio corpo, e o modo de exercer o trabalho real em face do prescrito.

O modo como o trabalho é organizado influencia a vida do trabalhador, apropria-se não apenas do tempo e dos seus movimentos, mas de sua subjetividade.

1.2 TRABALHO PRESCRITO E TRABALHO REAL

Para Christophe Dejours (2012, pp. 127-128), cada trabalhador, ao realizar uma tarefa, procura adaptá-la "numa ordem, numa sequência de gestos, escolhendo os instrumentos adequados" até encontrar um modo de trabalhar próprio e pessoal, organizando o tempo em fases de trabalho e de descanso e protegendo o corpo contra sobrecarga em prol do seu equilíbrio psicossomático. O trabalho real é essa maneira desenvolvida pelo trabalhador para lidar com as situações reais de suas atividades, composta por suas interações com os recursos disponibilizados pela organização e com outros sujeitos.

O trabalho prescrito, por sua vez, é aquele em que a descrição das atribuições corresponde ao que antecede a execução da tarefa. São constituídos de normas, tempo e controle exigido para o desempenho da tarefa. Servem de fonte de reconhecimento e de punição para quem não cumpre a tarefa estabelecida.

Trabalho, nessa perspectiva, é tudo aquilo que não está prescrito, porque não é o prescrito que realiza o trabalho, mas a ação real do trabalhador. A prescrição não prevê inúmeras dificuldades que podem aparecer no cotidiano de trabalho e a realidade é muito mais complexa do que qualquer regra ou manual possam prever (VIEIRA et al., 2013, p 271).

Na lacuna existente entre o trabalho prescrito e o real, encontram-se as contradições, os conflitos, as incoerências e as inconsistências do trabalho, que impõem dificuldades aos trabalhadores (VIEIRA et al., 2013b, p. 468). Tais fatores são funcionais, caso mantenham a saúde mental do trabalhador, ou podem ser patogênicos, quando não conseguem sustentar a higidez psíquica dele.

1.3 VIVÊNCIAS DE PRAZER E SOFRIMENTO NO TRABALHO

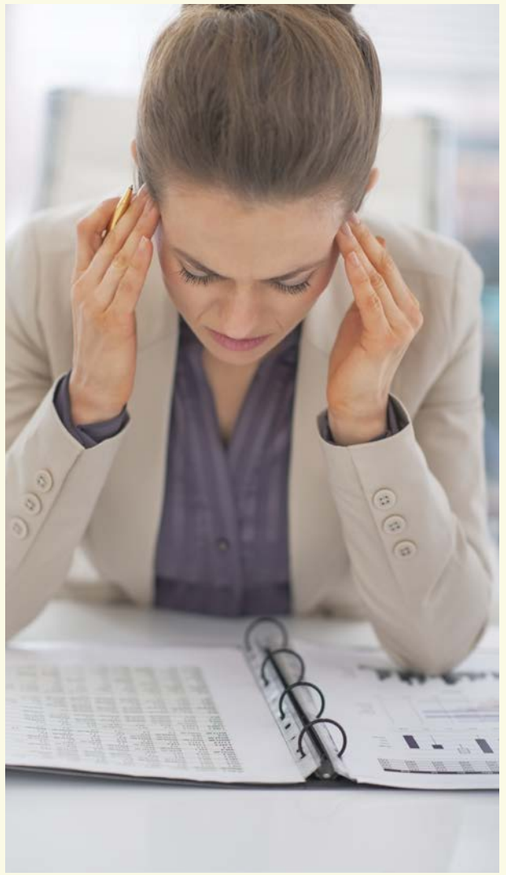
Para Dejours (2011b), o trabalho pode trazer prazer ou sofrimento, mas um não exclui o outro, necessariamente. A noção de prazer e de sofrimento no trabalho tem sua origem na Psicanálise. Segundo Freud (1974), a busca do prazer e a fuga do sofrimento fazem parte da constituição subjetiva, da formação do ego e de todos os mecanismos de defesas individuais e coletivos, objetos da psicodinâmica do trabalho.

Prazer é o princípio mobilizador que "coloca o sujeito em ação para a busca da gratificação, realização de si e reconhecimento pelo outro da utilidade e beleza do trabalho" (VIEIRA et al., 2013, p. 290). Já o sofrimento é uma vivência subjetiva intermediária entre a doença mental e o bem-estar psíquico (VIEIRA et al., 2013, p. 421), é um espaço clínico intermediário, que marca a evolução de uma luta entre, de um lado, funcionamento psíquico e mecanismo de defesa e, de outro, pressões organizacionais desestabilizadoras. Tanto o prazer como o sofrimento são resultados da combinação entre história do sujeito com a organização do trabalho, de como ele reage às condições sociais, políticas e éticas da organização e dos processos de trabalho.

Para Dejours, o sofrimento é inerente ao trabalho porque há um conflito central entre a organização do trabalho, detentora de normas e prescrições, e o funcionamento psíquico, pautado pelo desejo. Das pesquisas realizadas no Brasil de 1998 a 2007, percebeu-se

que as vivências de sofrimento podem ser sinalizadas pela presença dos seguintes sentimentos: medo, insatisfação, insegurança, alienação, vulnerabilidade, frustração, angústia, inquietação, depressão, tristeza, agressividade, impotência para promover mudança, desgaste, desestímulo, desânimo, desgaste físico e emocional, desvalorização, culpa, tensão e raiva.

Dependendo dos processos psicodinâmicos desenvolvidos no trabalhar, o sofrimento pode encaminhar-se para diferentes destinos: criativo ou patogênico.



O sofrimento criativo atua como motor para transformações, impulsionando a busca de soluções que poderão beneficiar a organização do trabalho, contribuir para a realização pessoal do trabalhador, fortalecer sua singularidade e o seu pertencimento.

Por outro lado, o sofrimento pode ser tornar patogênico, quando o sujeito não encontra possibilidade de negociação entre a organização do trabalho e os seus conteúdos subjetivos, sendo impedido de exercitar sua capacidade criativa. A liberdade de transformação, gestão e aperfeiçoamento da organização do trabalho esgotam-se, restando apenas as pressões rígidas, fixas e incontornáveis, a repetição, a frustração, o aborrecimento, o medo ou o sentimento de impotência (DEJOURS e ABDOUCHELI, 2010, p. 137).

1.4 ESTRATÉGIAS DEFENSIVAS E DE MOBILIZAÇÃO E PATOLOGIAS

A mediação do sofrimento é composta por estratégias de defesa e de mobilização, subjetivas ou coletivas.

Para não adoecerem, os trabalhadores desenvolvem estratégias de defesa diante do sofrimento (DEJOURS, 2012), isto é, um conjunto de condutas de convivência com o sofrer. As defesas constituem a forma e o destino dado ao sofrimento (DEJOURS, 2011a). As estratégias defensivas geralmente são inconscientes, individuais ou compartilhadas em grupo de trabalhadores (coletivas). Há várias estratégias de defesa. As mais comuns são a negação, em que não se admite o próprio sofrimento e a racionalização do sofrimento, em que há uma suavização da angústia, do medo e da insegurança presentes no contexto de trabalho.

As estratégias de mobilização favorecem a saúde ao permitirem a ressignificação do sofrimento por meio da transformação das situações de trabalho. Ela é subjetiva quando o sujeito pode se recriar, inventar-se, vivenciar o sofrimento criativo e o prazer no trabalho; é coletiva quando se opera, em especial, a partir da criação de espaço público de discussão e da cooperação, com o fim de eliminar o custo humano negativo do trabalho, de ressignificar o sofrimento e de transformar em fonte de prazer e de bem estar a organização, as condições e as relações sócio-profissionais (FERREIRA e MENDES, 2003).

A ineficácia da estratégia defensiva e da mobilização e a potencialização do sofrimento pode levar o trabalhador à depressão, à desestabilização e a uma crise de identidade, pois ele passa a questionar suas capacidades e competências, sua singularidade e seu pertencimento. Esse processo de fragilização pode desencadear patologias psíquicas e/ou somáticas, caracterizando o sofrimento como patogênico.

Nesse cenário, o sofrimento ganha força e as patologias do trabalho surgem com um agravante comum: a solidão. Tratam-se das patologias de sobrecarga, de assédio, pós-traumáticas, depressões e suicídios, que sinalizam que o sofrimento está sendo agravado nos contextos atuais de trabalho. A terceirização, o autoritarismo, metas de produtividade, avaliações injustas, coação e violência verbal, competição exacerbada, fofocas e intrigas são experiências de sofrimento, que, se prolongada, podem conduzir a um quadro patogênico.

2 SAÚDE MENTAL E DOENÇAS PSÍQUICAS NO TRABALHO

Saúde não é apenas a ausência de doenças, mas também a higidez do bem-estar mental, cognitivo ou psicológico (OMS, 1946; OLIVEIRA, 2011, p. 125). A saúde mental é um gênero que abrange um universo de fatores psicossociais do indivíduo e de sua interação com o meio em que vive. Dentre esses fatores, um deles diz respeito às patologias psíquicas.

As doenças psíquicas (distúrbios, enfermidades, patologias ou transtornos mentais) são um comprometimento ou uma disfunção mental, cognitiva ou psicológica do indivíduo, são "condições clinicamente significativas caracterizadas por alterações do modo de pensar e do humor (emoções) ou por comportamentos associados com angústia pessoal e/ou deterioração do funcionamento" psíquico (BOJART, 2013, p. 22). Os códigos da CID-10, utilizados no presente estudo, enumeram diversas espécies de patologias psíquicas no capítulo 5, designando a letra F (CID F) para agrupá-las.

No campo da saúde mental do trabalho, estuda-se a dinâmica, a organização e os processos de trabalho e as ações diagnósticas, preventivas e terapêuticas de saúde (PENIDO e PERONE, 2013, p. 33). Para Álvaro Merlo (2014), o adoecimento mental no trabalho não é uma questão de fatalidade; decorre do tipo de organização do trabalho. Para ele (2014), os males produzidos pela organização de trabalho agressiva são como um iceberg, no qual as doenças diagnosticáveis representam a parte visível e o sofrimento psíquico produzido pelo trabalho a parte submersa, invisível a uma visão superficial.

O sofrimento patológico em razão do trabalho leva a diversas enfermidades psicossomáticas, que se projetam na saúde física e mental do trabalhador. Há estudos, por exemplo, que relacionam o desgaste psicofísico no trabalho a distúrbios osteomusculares; doenças cardiovasculares; traumas, lesões e envenenamento por acidente de trabalho típico, etc.. Particularmente, interessam nesse estudo as doenças psíquicas, estrito senso, ainda que o sofrimento patológico em razão do trabalho possa desenvolver outras enfermidades.

2.1 DOENÇAS OCUPACIONAIS

De acordo com a Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991), acidente de trabalho é o que acontece a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho a certos segurados da Previdência e que provoca "lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho" (art. 19).

Além do acidente típico, decorrente diretamente da atividade exercida, e de trajeto, ocorrido geralmente no percurso residência-trabalho ou vice-versa, a Lei nº 8.213 equipara ao acidente de trabalho a doença ocupacional, que compreende a doença profissional e a doença do trabalho (art. 20).

A doença profissional é "produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social" (art. 20, inciso I, Lei nº 8.213/1991). A doença do trabalho é a "adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente" (art. 20, inciso II).

A doença, para ser ocupacional, deve guardar nexo de causalidade com o trabalho, isto é, ter "relação de causa e efeito entre o evento e o resultado" (MONTEIRO e BERTAGNI, 2010, p. 44), entre o trabalho e a enfermidade. Nas doenças profissionais, esse nexo de causalidade é presumido pela lei, nas doenças do trabalho, ele precisa ser investigado.

As estatísticas ora examinadas sobre acidentes de trabalho incluem as doenças ocupacionais. O auxílio acidente, inclusive em razão de doença ocupacional, não é concedido em todos os acidentes de trabalho, mas apenas naqueles em que "resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia" (art. 86, Lei 8.212/1991). Ambas as variáveis (acidentes de trabalho e auxílio acidente) são importantes para uma investigação sobre a causalidade entre trabalho e doença, bem como sobre a existência de riscos psicossociais do adoecimento psíquico no trabalho.

2.2 RISCOS PSICOSSOCIAIS DO TRABALHO

Segundo a Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho da União Europeia (2014), os riscos (fatores ou estressores) psicossociais no trabalho são os que têm origem em deficiências na concepção, organização e gestão do trabalho; decorrem de um contexto social de trabalho problemático e podem ter efeitos negativos a nível psicológico, físico e social e ocasionar enfermidades como estresse no trabalho, esgotamento ou depressão.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT (1986, pp. 3-4) define os fatores psicossociais como interações entre o ambiente de trabalho, o conteúdo do emprego e as condições organizacionais com as capacidades,

necessidades e expectativas dos trabalhadores, seus costumes, cultura e características pessoais fora do trabalho e que podem influenciar, através de percepções e da experiência, o desempenho profissional, a satisfação no trabalho e na saúde.

A partir da classificação de Soraya Martins (2007, pp. 141-143) e da contribuição da OIT (1986, pp. 5 ss.), de Tânia Franco (2002, pp. 151-152) e de Christophe Dejours (2009, pp. 28-43), os riscos psicossociais têm origem em fatores: a) organizacionais, compreendem o conteúdo e a forma como o trabalho é organizado e que trazem uma carga excessiva à saúde psicofísica do trabalhador; b) pessoais, costumam acompanhar as cargas psicofísicas excessivas e que dizem respeito às capacidades, necessidades, costumes, cultura, características e expectativas pessoais dos trabalhadores; c) relacionais, afetos à interação do trabalhador com seus colegas e superiores hierárquicos; d) coletivos, referem-se às estratégias coletivas de defesa e compreendem o não reconhecimento de que o adoecimento decorreu do modo de trabalho, estímulos coletivos para o aumento do ritmo de trabalho, distanciamento e falta de apoio sindical; precarização e flexibilização do trabalho e ausência de espaços para discussão do sofrimento no trabalho.

> Não são as pessoas mais fracas psiquicamente que correm mais riscos de desenvolver essas enfermidades, mas aqueles que estão mais comprometidos com o trabalho...

Álvaro Merlo (2014), depois de anos de pesquisas do adoecimento psíquico no trabalho, destaca que não são as pessoas mais fracas psiquicamente que correm mais riscos de desenvolver essas enfermidades, mas aqueles que estão mais comprometidos com o trabalho.

3 RESULTADOS

3.1 DOENÇAS PSÍQUICAS OCUPACIONAIS NO BRASIL E ATIVIDADES ECONÔMICAS

As recentes estatísticas do Ministério da Previdência Social (2011/2014) revelam que os transtornos mentais, agrupados no CID F (F00 até F99), são a 3ª maior causa de concessão de auxílio acidente no Brasil, sendo atualmente responsáveis por cerca de 4% do total. No quinquênio 2009/2013, foram concedidos 1.586.678 auxílios acidentes pelo INSS, sendo 62.250 apenas por enfermidades psíquicas.

Considerando apenas os acidentes de trabalho, os dados revelam que os males psíquicos foram a 4ª maior causa de acidentes do trabalho no Brasil em 2010 e 2011 e a 5ª em 2012, responsáveis por cerca de 49.000 casos nesse triênio (BRASIL, 2014). Apenas em 2012, essas enfermidades representavam 2,41% dos acidentes de trabalho (BRASIL, 2014).

Apenas 25 atividades econômicas concentram grande parte dos transtornos mentais que culminaram com a concessão de auxílio acidente no triênio 2011/2013 no Brasil (2013/2014). Dentre essas, merecem destaque 12 (doze), por também estarem entre as principais causas desses males no Distrito Federal ou em Tocantins:

Tabela 1 – 12 atividades econômicas das 25 maiores causas de concessão de auxílio acidente por transtornos psíquicos no Brasil de 2011 a 2013

Org.	Atividade Econômica	2011	%	2012	%	2013	%	Total	%
	Ignorado	3681	29,01	3360	28,97	3400	27,56	10441	28,51
1ª	Administração pública em geral	2068	16,30	1729	14,91	1790	14,51	5587	15,26
2ª	Transporte rodoviário coletivo de passageiros (metropolitano)	985	7,76	995	8,58	1087	8,81	3067	8,37
3ª	Bancos múltiplos comerciais	1209	9,53	910	7,85	845	6,85	2964	8,09
4ª	Atendimento hospitalar	794	6,26	772	6,66	893	7,24	2459	6,71
5ª	Comércio varejista de mercadorias em geral (hiper e supermercados)	457	3,60	407	3,51	580	4,70	1444	3,94
6ª	Atividades de Correio	402	3,17	328	2,83	298	2,42	1028	2,81
7ª	Limpeza em prédios e domicílios	189	1,49	193	1,66	244	1,98	626	1,71
13ª	Caixas econômicas	137	1,08	134	1,16	115	0,93	386	1,05
15ª	Captação, tratamento e distribuição de água	72	0,57	66	0,57	67	0,54	205	0,56
19ª	Serviços de catering, bufê e outros serviços de comida preparada	57	0,45	38	0,33	71	0,58	166	0,45
21ª	Construção de edifícios	38	0,30	60	0,52	43	0,35	141	0,39
25ª	Transporte rodoviário de carga	25	0,20	37	0,32	53	0,43	115	0,31
	Outras atividades	2574	20,29	2568	22,14	2851	23,11	7993	21,83
	TOTAL	12688	100	11597	100	12337	100	36622	100

Fonte: MPS; 2013/2014 (consolidado); 2011 a 2013.

Agrupando as atividades congêneres e desprezando o item “ignorado”, a distribuição dessas enfermidades psíquicas por atividades econômicas fica assim distribuída:

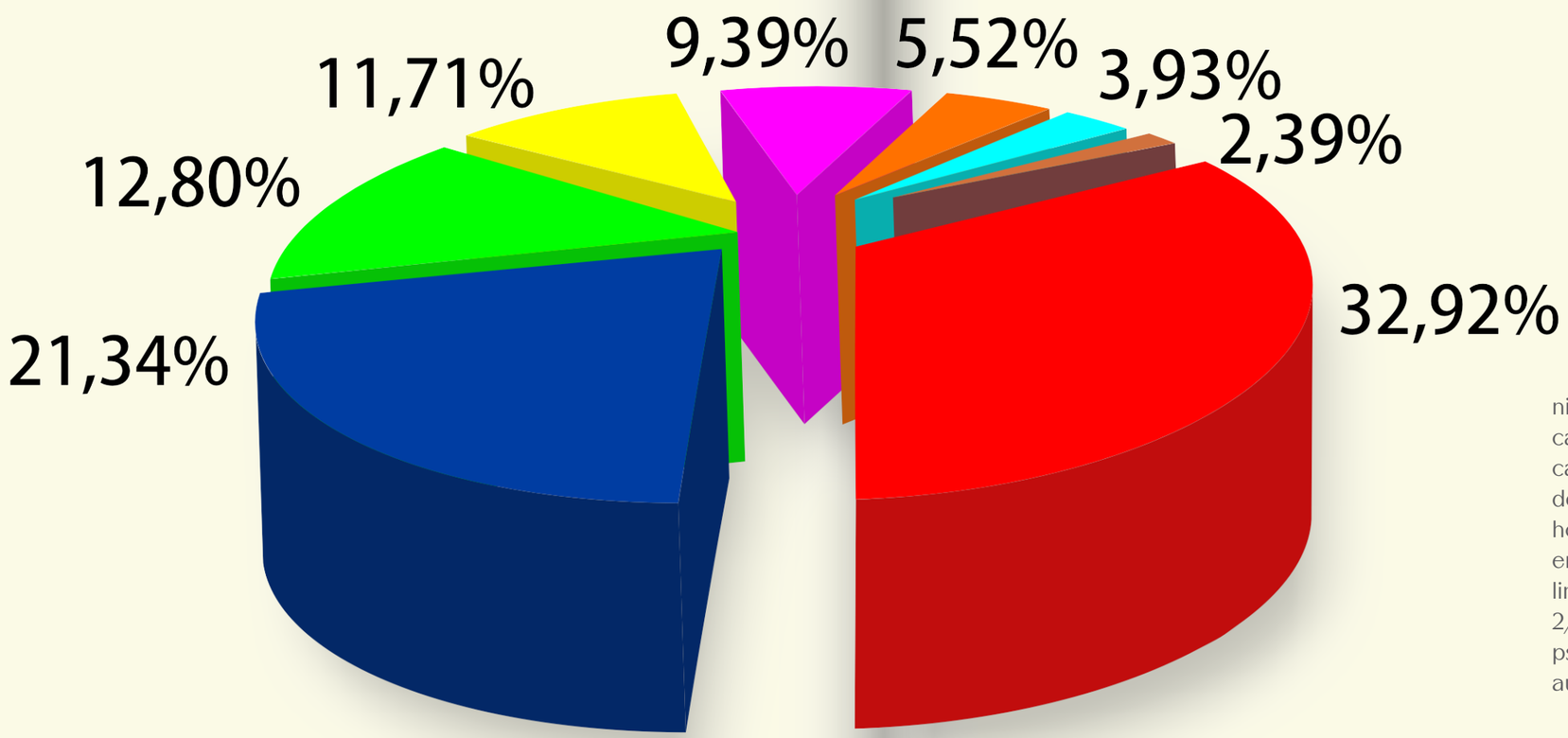


Gráfico 1 – Atividades econômicas conhecidas em que ocorreram mais transtornos psíquicos motivadores da concessão de auxílio acidente no Brasil no triênio 2011/2013

Das atividades conhecidas, a Administração Pública em geral (com 1 em cada 5), bancos comerciais múltiplos e caixas econômicas, transporte coletivo de passageiros municipal, atendimento hospitalar, Correios, comércio varejista em hipermercados e supermercados e limpeza em prédios e domicílio totalizam 2/3 dos casos de doença ocupacional psíquica que ensejaram o pagamento de auxílio acidente no triênio 2011/2013.

3.2 ADOECIMENTO PSÍQUICO PELO TRABALHO NO DISTRITO FEDERAL E NO TOCANTINS

Dentre o grupo de adoecimento pelo CID F, os transtornos relacionados ao stress grave e os de humor (como depressão e ansiedade) representam cerca de 95% dos transtornos psíquicos ocupacionais mais comuns no DF e no TO (BRASIL, 2014):

Das atividades conhecidas, a Administração Pública em geral (com 1 em cada 5), bancos comerciais múltiplos e caixas econômicas, transporte coletivo de passageiros municipal, atendimento hospitalar, Correios, comércio varejista em hipermercados e supermercados e limpeza em prédios e domicílio totalizam 2/3 dos casos de doença ocupacional psíquica que ensejaram o pagamento de auxílio acidente no triênio 2011/2013.

Tabela 2 – principais transtornos psíquicos causadores de acidentes de trabalho no Distrito Federal e em Tocantins de 2010 a 2012 segundo o CID-10

CID-10	Transtornos mentais e comportamentais no Distrito Federal	QUANTIDADE DE ACIDENTES DO TRABALHO							
		2012	%	2011	%	2010	%	Total	%
F40-F48	Transtornos neuróticos relacionados ao stress	249	64,01	228	66,86	180	61,85	657	64,35
F30-F39	Transtornos de humor	117	30,08	95	27,86	95	32,65	307	30,07
F10-F19	Transtornos psíquicos pelo uso de psicoativos	14	3,60	8	2,35	8	2,75	30	2,94
Demais F	Outros transtornos mentais	9	2,31	10	2,93	8	2,75	27	2,64
	SUBTOTAL NO DF	389	100	341	100	291	100	1021	100

CID-10	Transtornos mentais e comportamentais no Tocantins	QUANTIDADE DE ACIDENTES DO TRABALHO							
		2012	%	2011	%	2010	%	Total	%
F40-F48	Transtornos neuróticos relacionados ao stress	43	78,18	42	60,87	34	65,38	119	67,61
F30-F39	Transtornos de humor	10	18,18	23	33,33	16	30,78	49	27,84
F10-F19	Transtornos psíquicos pelo uso de psicoativos	2	3,64	1	1,45	1	1,92	4	2,27
Demais F	Outros transtornos mentais	0	0	3	4,35	1	1,92	4	2,27
	SUBTOTAL NO TOCANTINS	55	100	69	100	52	100	176	100
	TOTAL (DF+TO)	444		410		343		1.197	

Fonte: MPS, AEAT InfoLogo: Base de Dados Históricos de Acidentes de Trabalho, 2010 a 2012.

Das espécies (categorias) dessas enfermidades mais comuns destacam-se apenas 4: reações psíquicas ao stress grave e transtornos de adaptação (F43), os transtornos de depressão episódico e recorrente (F32 e F33) e os outros transtornos ansiosos (F41).

Os percentuais de doenças psíquicas causadoras de acidente do trabalho em 2012 no DF (de 4,56%) e no TO (de 3,27%) são superiores à média nacional:

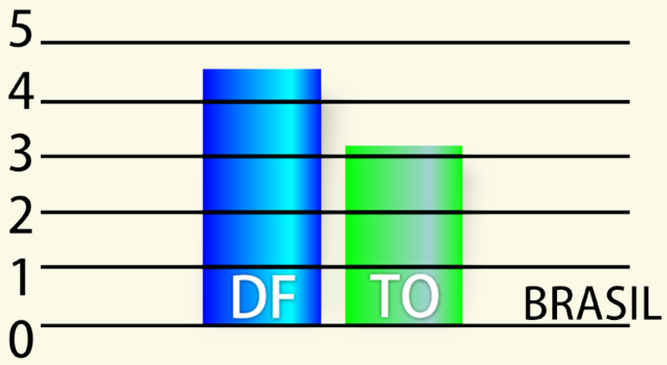


Gráfico 2 – Proporção de doenças psíquicas ocupacionais no DF e no TO e a média do Brasil em 2012

4 DISCUSSÃO E ANÁLISE DOS DADOS

A explicação para os altos índice de doenças psíquicas causadoras de acidente de trabalho no Distrito Federal e em Tocantins pode estar relacionada com a grande presença das atividades econômicas em que esses transtornos ocupacionais aparecem mais comumente.

Segundo dados estatístico (BRASIL, 2013), as atividades econômicas que mais causaram acidentes de trabalho no biênio 2011/2012 foram:

a) no Distrito Federal: atendimento hospitalar (1.560 acidentes); construção de edifícios (1.069); correios (829); comércio varejista de mercadorias em geral - hipermercados e supermercados - (727); obras de engenharia civil não especificadas (671); bancos múltiplos comerciais (538); incorporação de empreendimentos imobiliários (442); transporte rodoviário coletivo de passageiros metropolitano (421); restaurantes e estabelecimentos de serviços de alimentação e bebidas (385); limpeza em prédios e em domicílios (343); serviços de catering, bufê e outros serviços de comida preparada (331), caixas econômicas (328) e Administração pública em geral (288)

b) em Tocantins: atividade ignorada (309 acidentes); atendimento hospitalar (203); construção de edifícios (175); criação de bovinos (160); Administração pública em geral (159); captação, tratamento e distribuição de água (143); obras para geração e distribuição de energia elétrica e para telecomunicações (117); construção de rodovias e ferrovias (116); abate de reses, exceto suínos (100); comércio varejista de mercadorias em geral - hipermercados e supermercados - (84); transporte rodoviário de carga (80); instalações elétricas (60); produção de sementes certificadas (52) e atividades de correio (52).

A maioria das 13 atividades econômicas que mais causou acidentes de trabalho no DF e em TO estão na relação das 25 maiores causadoras de doenças psíquicas ocupacionais no Brasil: o DF com 10 atividades neste rol e o Tocantins com 7.

O número baixo de doenças psíquicas ocupacionais na Administração pública em geral no DF tem uma explicação. Os servidores públicos estatutários estão fora do regime previdenciário comum e, portanto, não entram nas estatísticas do INSS ora examinadas. Mas, como há empregados públicos celetistas cedidos de outras esferas do serviço público e ocupantes de cargos de confiança sem vínculo estatutário, entre outros, que são regidos pelo regime previdenciário comum, esses integram o grupo de risco atinente à atividade exercida na Administração Pública em geral.

Os resultados encontrados apontam para a presença de fatores de riscos psicossociais de adoecimento psíquico no trabalho em poucas atividades econômicas. Nelas, as estratégias de defesa e de mobilização subjetiva, individuais e coletivas, em face das condições especiais ou da forma peculiar em que o trabalho é realizado, ao que parece, não estão sendo eficientes. O sofrimento no trabalho passou a ser, para muitos, patogênico.

Os números afastam a pré-concepção de que apenas indivíduos psicologicamente frágeis é que estão sujeitos a essas enfermidades. Ao contrário, a concentração dos casos em poucas atividades econômicas apenas reforça à conclusão acerca da presença de fatores de riscos psicossociais e de condições de trabalho agressivas em tais ocupações, os quais atingem uma coletividade e não apenas o indivíduo de forma particular.

Há, no Brasil, diversos estudos em psicodinâmica do trabalho que examinam muitas dessas espécies de atividade econômica e concluem pela presença patogênica do sofrimento no trabalho. Muitas delas identificaram alguns elementos comuns, como o cumprimento de metas desmedidas, estruturas hierárquicas rígidas e verticalizadas, trabalho intenso, contato com agentes de riscos, alta responsabilidade, entre outros.

O adoecimento mental é apenas uma das formas em que há a manifestação patológica do sofrimento no trabalho. O conceito de saúde mental é muito mais amplo do que o de ausência de enfermidade. Os resultados apresentados apontam no sentido de que o número de trabalhadores atingidos por condições de trabalho psicossociais desgastantes é bem maior do que o constante das estatísticas oficiais da Previdência.

Como se não bastasse, essas condições adversas podem originar outras enfermidades como distúrbios osteomusculares do trabalho e doenças cardiovasculares. Isso revela que o comprometimento da saúde desses trabalhadores, em razão de sofrimento patogênico, é muito mais intenso do que o mero adoecimento psíquico ocupacional.

CONCLUSÃO

A psicodinâmica do trabalho e a compreensão das vivências de prazer e sofrimento, das estratégias de defesa e da mobilização subjetiva individual ou coletiva, é um instrumento hábil a contribuir com a avaliação dos riscos psicossociais do trabalho.

O sofrimento no trabalho pode levar a uma forma criativa de transformação da realidade laboral, desde que haja uma certa liberdade na organização do trabalho que ofereça margem de negociação entre as imposições organizacionais e o desejo do trabalhador. Mas, caso as estratégias de defesa e de mobilização fracassem, leva a um sofrimento patogênico, podendo, em níveis avançados, desencadear diversas enfermidades psicossomáticas.

É importante que os empregadores desenvolvam práticas de gestão que adotem a efetiva participação dos trabalhadores nos processos de trabalho a fim de possibilitar o bem-estar e a promoção da saúde psíquica.

Dentre as doenças ocupacionais desencadeadas pelo adoecimento psíquico do trabalho estão os transtornos mentais, que são a 3º maior causa de concessões de auxílio acidente no país, a 4ª causa de acidentes do trabalho em 2010 e 2011 e a 5ª em 2012.

Os transtornos psíquicos mais comuns estão relacionados ao estresse e ao humor (como depressão e ansiedade). Poucas atividades econômicas concentram os casos de adoecimento psíquico ocupacional no Brasil e uma parte delas são os maiores responsáveis por acidentes de trabalho em geral no Distrito Federal e em Tocantins.

Os resultados e a análise dos dados apontam para a presença de diversos riscos psicossociais nessas atividades econômicas e para a insuficiência das estratégias de defesa e de mobilização subjetiva para proteger a saúde. O adoecimento psíquico ocupacional vitimiza uma coletividade de trabalhadores e não apenas um indivíduo isoladamente.

O estudo desses riscos, aliado a abordagem da psicodinâmica do trabalho, mostrou-se útil para a análise do fenômeno do adoecimento psíquico laboral no Distrito Federal e no Tocantins, a fim de se buscar formas de prevenir ou minimizar o agravamento de doenças relacionadas ao trabalho com ênfase na promoção da saúde mental dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOJART, Luiz Eduardo Guimarães. Justificativas para iniciar o debate jurídico no Brasil sobre a saúde mental no trabalho. In: FERREIRA, Januário Justino; PENIDO, Laís de Oliveira (Orgs.). **Saúde mental no trabalho: coletânea do fórum de saúde e segurança no trabalho do Estado de Goiás.** Goiânia: Cir Gráfica, 2013.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 18 out. 2013.

_____. Ministério da Previdência Social. **Acompanhamento Mensal dos Benefícios Auxílios Doenças-Acidentários Concedidos, segundo os códigos da CID-10**. Janeiro a Dezembro de 2009, de 2010, de 2011, de 2012 e de 2013. Brasília: MPS, 2011/2014. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/estatisticas/menu-de-apoio-estatisticas-seguranca-e-saude-ocupacional-tabelas/>. Acesso em: 7 out. 2014.

_____. Ministério da Previdência Social. **Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho: AEAT 2012.** Brasília: MPS, 2013, v. I.

_____. Ministério da Previdência Social. **Acompanhamento Mensal dos Benefícios Auxílios Doença-Acidentários Concedidos pelos Códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômica-CNAE Classe, segundo os códigos da Classificação Internacional de Doenças (10ª Revisão) CID-10.** Janeiro a Dezembro de 2011, 2012 e 2013. Brasília: MPS, 2013/2014. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/estatisticas/menu-de-apoio-estatisticas-seguranca-e-saude-ocupacional-tabelas-cnae-2-0/>. Acesso em 12 out. 2014.

_____. Ministério da Previdência Social. DataPrev. **AEAT InfoLogo: Base de Dados Históricos de Acidentes de Trabalho.** Aplicativo Dardo, v. 10.0.45, 8 out. 2014. Parâmetros: anos 2010, 2011 e 2012, CID capítulo e agrupamento e Unidade da Federação. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/scripts10/dardoweb.cgi>. Acesso em: 8 out. 2014.

DEJOURS, **Christophe. Entre o desespero e a esperança: como reencantar o trabalho**. **Revista Cult**, nº 139, 2009.

_____. Addendum: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho. In: LANCMAN, Selma; SZNELWAR, Laerte Idal (Orgs.). **Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2011a.

_____. Sofrimento e prazer no trabalho: a abordagem da psicopatologia do trabalho, Por uma clínica de mediação entre psicanálise política, Sofrimento e prazer: uma clínica de sublimação, Inteligência prática e sabedoria prática: duas dimensões desconhecidas do trabalho real. In: LANCMAN, Selma; SZNELWAR, Laerte I. (Orgs.). **Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho**. 3ª e. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2011b.

_____. **A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Cortez/Oboré, 2012.

FERREIRA, M. C.; MENDES, Ana Magnólia. **Trabalho e risco de adoecimento: o caso dos auditores-fiscais da previdência social brasileira.** Brasília: Ler, Pensar e Agir, 2003.

FRANCO. Tânia. Karoshi: o trabalho entre a vida e a morte. **Caderno CRH**. Salvador, nº 37, jul./dez. 2002.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. **Pequena coleção das obras de Freud**. Rio de Janeiro: Imago, 1974, livro 8.

LANCMAN. Selma. Apresentação: o mundo do trabalho e a psicodinâmica do trabalho. In ____.; SZNELWAR, L. I. (Orgs.). **Christophe Dejours da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2011.

MARTINS, Soraya Rodrigues. Subjetividade e adoecimento por Dorts em trabalhadores de um banco público em Santa Catarina. In: MENDES, Ana Magnólia. **Psicodinâmica do trabalho: teoria, método e pesquisas**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

MENDES, Ana Magnólia; DUARTE, Fernanda Sousa. Notas sobre o percurso teórico da psicodinâmica do trabalho. In: FREITAS, Lêda Gonçalves de (Orgs.). **Prazer e sofrimento no trabalho: pesquisas brasileiras. Curitiba: Juruá, 2013.**

MERLO, Álvaro Roberto Crespo. O trabalho que adoece mentalmente. 6º Congresso Internacional sobre Saúde Mental no Trabalho. Goiânia: Forum de Saúde e Segurança no Trabalho do Estado de Goiás, 21-23 out. 2014.

MOLINIER, Pascale. **O trabalho e a psique: uma introdução à psicodinâmica do trabalho.** Brasília: Paralelo 15, 2013.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. **Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.**

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **A proteção jurídica à saúde do trabalhador.** 6ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

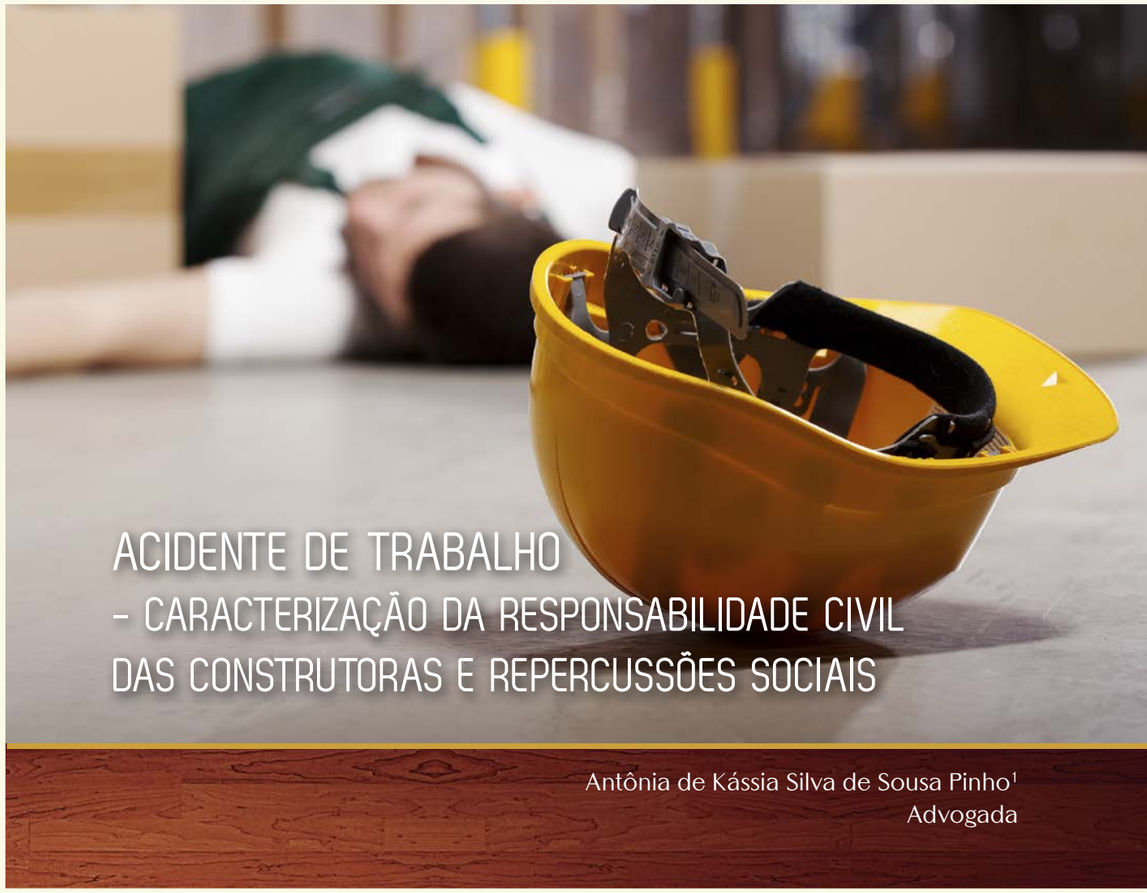
ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Psychosocial factors at work: recognition and control. **Report of the Joint ILO/ WHO Committee on Occupational Health. Occupational Safety and Health Series.** Genebra: 1986, n. 56, v. 5. Disponível em: <http://www.who.int/occupational_health/publications/ILO_WHO_1984_report_of_the_joint_committee.pdf>. Acesso em: 14 out. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Nova Iorque, 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 25 out. 2014.

PENIDO, Laís de Oliveira; PERONE, Giancarlo. **Saúde mental no trabalho: esclarecimentos metodológicos para juristas. In: FERREIRA, Januário Justino; PENIDO, Laís de Oliveira (Orgs.). Saúde mental no trabalho: coletânea do fórum de saúde e segurança no trabalho do Estado de Goiás**. Goiânia: Cir Gráfica, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho. **Riscos psicossociais e stresse no trabalho**. Disponível em: <https://osha.europa.eu/pt/topics/stress/index_html>. Acesso em: 14 out. 2014.

VIEIRA, Fernando de Oliveira; MENDES, Ana Magnólia; MERLO, Álvaro Roberto Crespo (Orgs.). **Dicionário crítico de gestão e psicodinâmica do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2013.



ACIDENTE DE TRABALHO – CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONSTRUTORAS E REPERCUSSÕES SOCIAIS

Antônia de Kássia Silva de Sousa Pinho[1]
Advogada

RESUMO

O presente trabalho possui a finalidade de apresentar um estudo a respeito da caracterização da responsabilidade civil das construtoras nos acidentes de trabalho e as repercussões sociais na vida do trabalhador. Para tanto, será enfocado a importância da aplicação das normas protecionista e consequências de sua inaplicabilidade para os empregados da construção civil, que historicamente tem sido o carro chefe dos acidentes de trabalho no Brasil, buscando sempre correlacionar à dinâmica do crescimento econômico atual com o elevado número de acidentes, através da análise dos dados estatísticos, fornecidos por órgãos oficiais e pesquisas bibliográficas no intuito de se demonstrar os elementos necessários para caracterização da responsabilidade civil, bem como a falta de políticas públicas eficazes no intuito de diminuir os números estatísticos.

PALAVRAS-CHAVE: Caracterização. Repercussões. Elementos. Trabalhador. Responsabilidade

1. Graduada em Direito (Centro Universitário Luterano de Palmas-Ceulp/Ulbra), Pós Graduada Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho (Universidade Anhanguera), Pós Graduanda em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Tocantins. Advogada militante em Direito do Trabalho no âmbito do TRT da 10ª Região e Previdenciário no TRF 1ª Região na Seção Judiciária de Palmas/To. Email: kassiaadv.pinho@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Os direitos trabalhistas assegurados atualmente na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) tiveram como maior precursor ideológico a Revolução Francesa, onde, se iniciou a liberdade contratual, suprimindo, por conseguinte, as corporações de ofício.

O contrato de trabalho só veio a se desenvolver a partir do surgimento da Revolução Industrial, tendo passado por várias mudanças ao longo de décadas, mas, sempre na busca do mesmo objetivo, utilização do trabalho humano (físico ou intelectual) com o objetivo de alavancar o crescimento econômico num todo, beneficiando tanto ao empregado quanto ao empregador.

O Brasil nos últimos 10 (dez) anos passou e tem passado por grandes transformações sociais, culturais, educacionais e principalmente econômicas, fato que ocasionou um aumento significativo na oferta de trabalho nas mais diversas aéreas de atuação, em especial na construção civil, situação que tem gerado um número alto de acidentes de trabalho, que historicamente já é bastante significativo, muitas vezes por negligência, imprudência e imperícia das empresas, por desrespeito as normas que tratam do assunto, mas por outro lado por falta de orientação e consciência dos trabalhadores.

Em decorrência da necessidade satisfativa do trabalhador em ver seus direitos cumpridos, o presente trabalho irá demonstrar o contexto normativo que disciplina os acidentes de trabalho no Brasil, dando uma ênfase as normas que devem ser observadas pelos empregadores da construção civil e demonstrando os pressupostos necessários para caracterização da responsabilidade civil das construtoras e as repercussões sociais na vida do trabalhador após o acidente de trabalho, além de ter uma preocupação constante em trazer o entendimento jurisprudencial adotado pelos Tribunais.

> O presente trabalho irá demonstrar o contexto normativo que disciplina os acidentes de trabalho no Brasil.

É sabido que mesmo depois de tantas inovações trazidas pela Constituição Federal acerca da responsabilidade civil, existe ainda grande divergência quanto ao tema em comento no que diz respeito a sua aplicação nas relações trabalhistas, especialmente, quando se fala em acidente de trabalho.

A falta de precisão sobre a caracterização da responsabilidade civil nos acidentes de trabalho, tema de tamanha importância, deve ser profundamente discutido com o intuito de estudar alternativas voltadas à diminuição ou até inexistência de acidentes de trabalho que, a cada dia, se tornam mais evidentes no Brasil com o crescimento econômico da última década e o aumento da oferta de emprego nas mais diversas áreas, em especial nos canteiros de grandes obras.

Em face dessa realidade busca-se esclarecer se o modelo jurídico atual está sendo compatível e será capaz de dirimir os conflitos trabalhistas oriundos desse desenvolvimento desenfreado da construção civil no Brasil, na medida em que os trabalhadores desta quando sofrem acidente de trabalho são afetados em sua dignidade de ser humano. Desse modo, objetiva-se examinar como se dá e quais os elementos ensejadores da responsabilidade civil do empregador nos casos de acidente de trabalho, a luz dos princípios constitucionais de proteção ao trabalho, utilizando-se como método a pesquisa bibliográfica, análise de doutrina e posicionamento jurisprudencial, além de suporte através de textos eletrônicos.

2. ABORDAGEM DA ANÁLISE ECONÔMICA DA CONSTRUÇÃO CIVIL

A análise econômica da construção civil se mostra de grande importância antes de se adentrar no estudo da caracterização da responsabilidade civil das construtoras. A economia envolve principalmente questões de macroeconomia como o crescimento econômico, estabilidade nos preços, nível de emprego, dentre outros.

Quando se fala em crescimento econômico, também estamos falando de mercado de trabalho, em aumento do número de empregos, o que interessa não somente a economia como também ao Direito, em especial ao do trabalho. A respeito da importância da economia para o direito, segue entendimento:

> *A revelação entre direito e economia é tão antiga quanto à última, embora seja vista como alguma coisa marginal, de pouco importância, e é imensa a contribuição que o diálogo entre Direito e Economia (ciências sociais aplicadas) pode oferecer ao propor soluções para questões atuais, ao contrário do que afirmam os detratores dessa corrente de estudos (BEDIN, 2010, apud SZTAJN, 2005).*

Os efeitos do crescimento econômico que o Brasil vive hoje podem ser verificados em vários segmentos, mas a construção civil merece acentuado destaque em razão da cadeia produtiva que envolve e do número de empregos criados.

Os aspectos econômicos da construção abrangem uma gama diversa, congregando uma variedade de empresas: o imobiliário,

infraestrutura e engenharia pesada. Para fins de análise econômica, costuma-se decompor a indústria da construção civil em 05 (cinco) grandes segmentos: vias de transporte (rodovias, ferrovias, portos, aeroportos e metrô); obras hidráulicas (principalmente hidrelétricas e obras de saneamento); edificações; obras e serviços especiaito) em relação a 2010 e 69,4% (sessenta e quatro vírgula quatro por cento) em relação a 2007.

O desenvolvimento econômico associado a uma maior distribuição de renda, sem dúvida, é um avanço conquistado pela população brasileira, acontece que, tanto o Poder Legislativo como o Executivo não tem se atentando ao fato de que o desenvolvimento tem de caminhar com a aplicação e fiscalização eficaz das normas trabalhistas existentes, sob pena de se ter um número ainda maior de trabalhadores acidentados ou atingidos por doenças ocupacionais.

O crescimento tem de caminhar junto com as normas de proteção a vida do trabalhador, pois, do contrário toda a sociedade pagará o preço.

É oportuno ressaltar que o Brasil já criou diversas normas envolvendo a segurança e saúde do trabalhador, as quais serão descritas transcorrer do trabalho, por ora, o que se pretende mostrar é a relação entre desenvolvimento econômico e acidentes do trabalho.

3. ACIDENTE DE TRABALHO

Os apontamentos históricos relatam que o assunto acidente de trabalho e suas consequências só passaram a ganhar espaço a partir da revolução industrial, em especial na Europa, neste período, governos e empresários se deram conta que avanços e inovações da época também tinham seu lado ruim, mas segundo a melhor doutrina, foi somente no ano de 1892 nos Estados Unidos que a primeira empresa organizou um departamento de segurança para seus funcionários.

No Brasil a matéria segurança do trabalho é tratada pela lei 8.213 de 1991, Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, artigos 154 a 201, portarias, decretos, Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho - OIT, ratificadas pelo Brasil, além das normas regulamentadoras aprovadas pela portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho.

O objetivo da segurança e medicina do trabalho é proteger a vida e saúde do trabalhador, salvaguardar a responsabilidade da empresa, além de cumprir as determinações legais. Para alcançar esse objetivo, a legislação brasileira atua na chamada política prevencionista por meio da elaboração de normas regulamentadoras (NR's) a serem observadas pelas empresas.

No âmbito da construção civil a norma regulamentadora que disciplina as condições e meio ambiente de trabalho na indústria da construção é a NR-18, que aborda de forma minuciosa quais regras devem ser observadas nos canteiros das obras, desde sua implantação até a desmobilização após o término da construção, versando sobre o objetivo e aplicação da norma, programa de condições de meio ambiente de trabalho na indústria da construção (PCMAT), áreas de vivência, demolições, escavações, carpintaria, armação de aço, estrutura de concreto, estrutura metálica, operações de soldagem e corte a quente, andaimes, cabos de aço, máquinas/ ferramentas, equipamentos de proteção individual (EPI), treinamento de trabalhadores, acidente fatal, comissão interna de prevenção de acidentes (CIPA), dentre outros assuntos.

A NR-18 assim como as demais normas regulamentadoras, visa salvaguardar a vida do trabalhador, ou ao menos diminuir as possíveis sequelas deixadas por um eventual acidente de trabalho, pois são nas áreas de trabalho que as atividades prevencionista iniciam.

Nos termos da lei 8.213/1991 acidente de trabalho é definido como:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

É cediço também pela definição do artigo 20 da lei 8.213/1991 que acidente de trabalho pode ser decorrente de doença profissional ou doença do trabalho, abandonando-se a ideia de causa involuntária e violenta, pois estes dificultavam o enquadramento de determinado evento, hoje se tem consolidado que nem sempre o acidente de trabalho é algo violento, ao contrário, pode ocorrer de forma gradativa e lenta como é o caso das lesões por esforço repetitivo (LER).

4. CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil prevista no Código Civil de 2002 se desdobra desde a parte geral do código, passando pelas obrigações até sucessões. O termo responsabilidade nos remete a ideia de compromisso com aquilo que nos propomos a fazer, no âmbito jurídico esta associada à obrigação de uma pessoa reparar a outra pelo prejuízo causado.

Nos dizeres de Roberto Parizatto, pode ser assim definida:

Responsabilidade nada mais é do que o dever de responder, na particularidade, pelo ato tido como ilícito que tenha ocasionado dano a outrem. O ato ilícito por sua vez é conduta ou a omissão praticada por alguém, contrária ä ordem e regra geral, ocasionando dano (PARIZATTO. 2011. p.990).

O instituto da responsabilidade civil assim como os demais ramos do Direito remonta ao Direito Romano, onde, caso o devedor não cumprisse o convencionado, era convertido em escravo e respondia pela obrigação assumida com seu próprio corpo, no intuito de buscar a ordem e inibir atitudes lesivas de uns para com outros.

A sistemática atual do Código Civil em seus artigos 186 e 927 explanam que, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e fica obrigado repará-lo, todavia, dúvidas surgem quanto à aplicação da responsabilidade civil no caso concreto, pois a doutrina costuma denominar as responsabilidades em contratual, extracontratual ou aquiliana, subjetiva e objetiva.

Diz responsabilidade contratual, porque a obrigação avençada entre as partes deriva de um contrato e quando, alguma das partes não cumpriu o que foi pactuado ou lesa a outra, surgi o dever de indenizar, já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana não emergi de contrato, mas sim da inobservância de um preceito legal, vindo a causar dano a outrem.

Em se tratando de responsabilidade oriunda de acidente de trabalho ou doença ocupacional Sebastião Geraldo de Oliveira, assevera.

> *A indenização por acidente de trabalho ou doença ocupacional, em princípio, enquadra-se como responsabilidade extracontratual porque decorre de algum comportamento ilícito do empregador, por violação dos deveres gerais de proteção ao trabalhador e ao meio ambiente de trabalha. Essa responsabilidade não tem natureza contratual porque não há cláusula do contrato de trabalho prevendo a garantia de integridade psicobiofísica do empregado ou da sua incolu*midade (OLIVEIRA, 2011, p.92-93).

Dallegrave Neto elucida que "em determinadas circunstâncias o dever de reparação do dano encontra-se situado, ao mesmo tempo, na ambiência contratual e extracontratual. É o que ocorre, por exemplo, no caso de dano moral infligido ao empregado pelo empregador na execução do contrato de trabalho" (NETO. 2008.p.82).

Não é somente a responsabilidade contratual e extracontratual que tem sido discutida pela doutrina no âmbito trabalhista, existem também posicionamentos divergentes tanto na jurisprudência como na doutrina em relação ao cabimento responsabilidade objetiva na seara laboral, isto porque, diferente da responsabilidade subjetiva que só ocorre com a comprovação de dolo ou culpa por parte do empregador, naquela somente é necessário está presente o nexo de causalidade e o dano para responsabilizar o empregador pelo evento acidente de trabalho.

Em princípio a verificação da culpa na construção civil se dá quando o empregador deixa de cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, em especial a NR 04 e 18, além de outras normas aplicáveis, entretanto, nos dias atuais em que as transformações se dão de forma célere o trabalhador muitas vezes não tem conseguido demonstrar a referida culpa e fica a mercê de atos lesivos praticados por empregadores.

Diante dessa circunstância, vozes na doutrina se insurgiram no sentido de considerar objetiva a responsabilidade das empresas pelos acidentes de trabalho, bastando para isso à prova do dano e do nexo causal, usando como fundamento o fato de que não se pode fazer uma interpretação literal do inciso, XXVII do artigo 7º da Constituição Federal, o qual elucida o direito a indenização para trabalhador quando incorrer o empregador em dolo ou culpa e sim associá-lo obrigatoriamente ao caput do artigo que preceitua uma série de direito dos trabalhadores, além de outros que visem à condição da melhoria social.

Corroborando com esse entendimento, Amauri Mascaro Nascimento assevera:

A Constituição deve ser interpretada como um conjunto de direitos mínimos e não de direitos máximos, de modo que nela mesma se encontra o comando para que direitos mais favoráveis ao trabalhador venham a ser fixados através da lei ou das convenções coletivas. Ao declarar que outros direitos podem ser conferidos ao trabalhador, a Constituição cumpre tríplice função. Primeiro, a elaboração das normas jurídicas, que não deve perder a dimensão da sua função social de promover a melhoria da condição do trabalhador. Segundo, a hierarquia das normas jurídicas, de modo que, havendo duas ou mais normas, leis, convenções coletivas, acordos coletivos, regulamentos de empresa, usos e costumes, será aplicável o que mais beneficiar o empregado, salvo proibição por lei. Terceiro, a interpretação das leis de forma que, entre duas interpretações viáveis para a norma obscura, deve prevalecer aquela capaz de conduzir ao resultado que de melhor maneira venha a atender aos interesses do trabalhador (NASCIMENTO, 2001, p.40).

Além de uma interpretação mais abrangente da Constituição, com o advento do Código Civil de 2002 os ricos debates doutrinários chegaram à chamada teoria do risco disciplinada no parágrafo único do artigo 927, que trata da responsabilidade independente de culpa, quando atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco ao direito do outrem.

A jurisprudência dos Tribunais do Trabalho e do Superior Tribunal do Trabalho também tem aplicado à teoria do risco nas relações laborais, conforme se verifica nos entendimentos abaixo:

Acidente de Trabalho. Responsabilidade civil do empregador. Teoria do risco. Art.7º, caput e inciso XXVIII, da Constituição Federal. Responsabilidade objetiva. Possibilidade. O caput do art.7º da CF constitui-se tipo aberto, vocacionado a albergar todo e qualquer direito quando materialmente voltado à melhoria da condição social (.....) Consentâneo com a ordem constitucional, portanto o entendimento segundo o qual é aplicável a parte final do parágrafo único do art. 927 do CCB, quando em discussão a responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho. TST. SBDI-I. E-RR n.9951600-44.2005.5.09.0093, Rel.: Ministra Maria de Assis Calsing, DJ 12 nov.2010

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA.

1. O caput do art. 7.º da Constituição Federal constitui-se tipo aberto, vocacionado a albergar todo e qualquer direito quando materialmente voltado à melhoria da condição social do trabalhador. A responsabilidade subjetiva do empregador, prevista no inciso XXVIII do referido preceito constitucional, desponta, sob tal perspectiva, como direito mínimo assegurado ao obreiro. Trata-se de regra geral que não tem o condão de excluir ou inviabilizar outras formas de alcançar o direito ali assegurado. Tal se justifica pelo fato de que, não raro, afigura-se difícil, se não impossível, a prova da conduta ilícita do empregador, tornando intangível o direito que se pretendeu tutelar. Não se pode alcançar os ideais de justiça e equidade do trabalhador - ínsitos à teoria do risco -, admitindo interpretações mediante as quais, ao invés de tornar efetivo, nega-se, por equivalência, o direito à reparação prevista na Carta Magna. Consentâneo com a ordem constitucional, portanto, o entendimento segundo o qual é aplicável a parte final do parágrafo único do art. 927 do CCB, quando em discussão a responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho (E-RR- 9951600-44.2005.5.09.0093, Rel. Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 12/11/2010).

A análise da aplicação da responsabilidade objetiva nos acidentes de trabalho se mostra pertinente em razão do número alarmante de acidentes ocorrido no Brasil, sem contar que ainda se encontram facilmente empregadores que insistem em não observar as normas regulamentadoras preventivas, por isso, os tribunais têm aplicado à responsabilidade em comento com base na teoria do risco.

No âmbito doutrinário é perfeitamente aplicável à responsabilidade civil objetiva com base na teoria do risco nos acidentes de trabalho, mas a título de jurisprudência a responsabilidade subjetiva tem maior aceitação, entretanto, em ambos os casos é necessário à existência de uma ação ou omissão voluntária que viole direito de outrem e cause um dano. O que vai diferenciá-las é a existência ou não de dolo ou culpa e o nexo causal.

Na responsabilidade subjetiva, o elemento indispensável para sua constatação é a culpa, que, pode ser definida como uma negligência, a falta de diligência necessária na observância de uma norma de conduta, ou seja, não prever o que é previsível, porém sem intenção de agir ilicitamente, este fator é bastante relevante, pois é o que vai diferenciar a culpa do dolo, neste último o empregador ou preposto atuam intencionalmente na prática do ato ilícito. Na culpa, os empregadores não desejam o resultado, mas descuidam-se vindo a contribuir diretamente para existência do evento.

Sobre a abrangência da culpa Sebastião Geraldo de Oliveira entende:

Mas não somente a infração das normas legais ou regulamento gera a culpa. Os textos normativos, por mais extensos e detalhados que sejam, não conseguem relacionar todas as hipóteses possíveis do comportamento humano nas suas múltiplas atividades. Assim, além da culpa contra a legalidade, pode surgir a culpa tão somente pela inobservância do dever geral de cautela em sentido lato, ou seja, do comportamento que se espera do homem sensato e prudente que os romanos denominam bonus pater familias. É por essa razão que o artigo 186 do Código Civil utiliza a expressão mais ampla, violar direito, em vez de violação da lei (OLIVEIRA, 2011, p.177).

Fala-se que o empregador age com culpa contra a legalidade, quando o acidente de trabalho ou doença ocupacional é gerado pelo descumprimento da lei e normas regulamentares que preceituam deveres para a segurança, higiene, saúde ocupacional e meio ambiente de trabalho. A verificação da culpa nesse caso se torna mais fácil, visto que, primeiro se observa se o empregador cumpriu as leis, normas regulamentadoras e outros, em se constatando que o acidente ou doença foi decorrente do descumprimento de alguns dos itens ficará caracterizada a culpa e o empregador arcará com a indenização cabível.

Existe também a culpa no dever geral de cautela, na omissão do empregador em garantir um meio ambiente de trabalho seguro, o que também impõe a obrigação de indenizar o dano sofrido. Todavia, algumas situações podem eximir o empregador de arcar com a responsabilidade civil, nos casos da configuração de culpa exclusiva ou culpa concorrente da vítima, neste último caso a culpa será aplicada de forma proporcional a ação do empregador.

Outro aspecto relevante em relação à culpa esta disciplinado no artigo 120 da lei 8.213/90, e, nesse sentido Sebastião Geraldo de Oliveira, explana:

> *Quando o empregador descuidado dos seus deveres concorrer para o evento do acidente com dolo ou culpa, por ação ou omissão, fica caracterizado o ato ilícito patronal, gerando direito a reparação, independente da cobertura acidentária. Pode – se concluir, portanto, que a causa verdadeira do acidente, nessa hipótese, não decorre do exercício do trabalho, mas do descumprimento dos deveres legais de segurança, higiene e prevenção atribuídos ao empregador (OLIVEIRA, 2011, p.84).*

Já na responsabilidade objetiva o elemento culpa é dispensável, pertinente somente à conduta, o dano e o nexo causal com base na teoria do risco. A conduta está baseada na noção de voluntariedade, podendo ser uma ação ou omissão, na ação o individuo pratica um ato tendo consciência do ato lesivo que esta causando, enquanto na omissão, existe uma omissão quanto ao conhecimento da lesividade do ato praticado.

O dano por sua vez é o feito resultante da ação ou omissão praticada e pode se manifestar de diversas formas, na construção civil os danos são desastrosos e vão desde mutilações de membros até a morte do trabalhador, existe ainda a necessidade de demonstração de nexo entre o evento e o dano, este último por si só não é capaz de gerar o direito a reparação, nem somente a existência de uma ação ou omissão, o nexo causalidade é imprescindível para configuração da responsabilidade civil.

Sobre o conceito de nexo causal Sergio Cavalieri diz:

> *Não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. (...) É um conceito jurídico normativo através do qual podemos concluir quem foi o causador do dano (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 47).*

Aspecto importante em relação ao nexo causal é a comunicação de acidente de trabalho (CAT) imposição legal feita para as empresas, prevista no artigo 22 da lei 8.213/1991 e trata-se de uma comunicação escrita/formal a ser feita pelo empregador na ocorrência de acidente do trabalho à Previdência Social, até o primeiro dia útil seguinte ao evento e, em caso de morte, de imediato a autoridade competente.

O objetivo do legislador ao criar a CAT foi garantir ao acidentado o direito de ser auxiliado pelo órgão previdenciário, além de possuir um forte caráter estatístico, pois demonstra em quais segmentos está ocorrendo um maior volume de acidentes, fato que não agrada muito alguns empregadores, pois nela o empregador é obrigado a preencher todos os dados solicitados, como: data do acidente, hora, qual tipo de acidente, quantas horas o empregado trabalhou no dia do evento, as circunstância em que era desenvolvido o trabalho, dentre outros.

Desse modo, a CAT se mostra com um importante elemento caracterizador do nexo causal nos acidentes de trabalho, principalmente nos acidentes típicos, que são os mais frequentes na construção civil, todavia, muitas empresas ainda continuaram omitindo a emissão da CAT no intuito de não serem responsabilizados, situação que só veio ser modificada a partir da entrada em vigor da lei 11.430 de 2006 que criou o chamado nexo técnico epidemiológico (NTE).

Entretanto, mesmo diante das inovações legislativas o de número de acidentes fornecidos pelos órgãos oficiais ainda continuam elevados para um país que atualmente é considerado a sétima economia mundial. Referidas afirmações são constatadas Anuário Estatístico de Acidente de Trabalho da Previdência Social (AEAT), conforme quadro abaixo, que descrimina a quantidade de acidentes levando em consideração os tipos.

CAPÍTULO 1 - BRASIL E GRANDES REGIÕES

1.1 - Quantidade de acidentes do trabalho, por situação do registro e motivo, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), no Brasil - 2009/2011

CNAE	QUANTIDADE DE ACIDENTES DE TRABALHO																	
	Total			Com CAT registrada												Sem CAT registrada		
				Total			Motivo											
							Típico			Trajeto			Doença do Trabalho					
	2009	2010	2011	2009	2010	2011	2009	2010	2011	2009	2010	2011	2009	2010	2011	2009	2010	2011
Total	733.365	709.474	711.164	534.248	529.793	538.480	424.498	417.295	423.167	90.180	95.321	100.230	19.570	17.177	15.083	199.117	179.681	172.684

Fonte: Ministério da Previdência e Assistência Social - Anuário Estatístico de Acidente de Trabalho da Previdência Social

Por fim, se ressalta que a caracterização da responsabilidade civil seja ela subjetiva ou objetiva é de grande relevância para aplicação da responsabilidade civil nos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais na construção civil, considerado um dos segmentos mais causadores de infortúnios laborais.

5. REPERCUSSÕES SOCIAIS

A partir do momento em que o trabalhador é acometido por um acidente de trabalho ou doença ocupacional, haverá não só ocorrência de efeitos civis através da aplicação da responsabilidade civil, mas também previdenciários, como o direito a percepção de benefícios pelo segurado ou dependentes. Tais benefícios se encontram disciplinados no artigo 18 da lei 8.213/1991, sendo eles: auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente, pensão por morte e reabilitação profissional, a depender do grau da incapacidade sofrida.

No atual contexto de sociedade, onde as relações tornam-se cada vez mais dinâmicas e o trabalho constitui via principal de integração social, o trabalhador é visto pela sua capacidade de gerar e viabilizar cada vez mais valor ao produto/serviço do seu empregador, essa tem sido a regra ditada pelo mercado capitalista.

Acontece que, quando esse mesmo trabalhador é acometido por um acidente ou doença ocupacional que resulte, por exemplo, incapacidade definitiva para o trabalho, a sociedade de um modo geral passa a vê-lo com outros olhos, e o próprio trabalhador que antes tinha pleno vigor se vê numa situação que os estudiosos do serviço social denominam vulnerabilidade social.

Sobre a questão social nos acidente de trabalho, segue importante entendimento:

> *A questão social é resultado da relação capital/trabalho, traduz-se em inúmeras formas de desigualdades, dentre outros, agravos a saúde, desemprego, erosão dos sistemas de proteção social, fome e vulnera-*

bilidade das relações sociais. Portanto, caracteriza-se como sendo um conjunto de políticos, sociais e econômicos em que o surgimento da classe operária impôs no curso na constituição capitalista (RODRIGUES e BELLINI, 2010 apud CIRQUEIRA, 1982, p.21).

A necessidade de se abordar sobre as repercussões sociais dos acidentes de trabalho na vida do trabalhador reside no fato de que, os agravos à saúde repercutem diretamente nas relações familiares provocando rupturas e processos de vulnerabilidade, pois a família é a primeira vivenciar juntamente com o acidentado, quando este sobrevive, os processos de exclusão impostos pela própria sociedade.

Os acidentes de trabalho não só comprometem a integridade física do trabalhador, mas pode também gerar alterações psiquiátrico-psicológicas que repercutem no relacionamento intrapessoal, familiar, social e laboral do indivíduo, comprometendo também sonhos e projetos de vida, de realização pessoal.

É oportuno observar que as repercussões sociais não atingem somente o âmbito familiar, mas a sociedade da qual ele faz parte, conforme entendimento abaixo:

A não observância das normas de segurança e prevenção de acidentes, inicialmente, era pontual e individual, em face da ocorrência de infortúnios laborais ser vista sob a ótica de cada vítima. Contudo, com o passar do tempo, observou-se que esses acidentes se refletem na sociedade de diversas maneiras, e o conjunto é atingido de forma direta e indireta, não prejudicando somente o indivíduo que sofreu a lesão, mas toda a coletividade (BEDIN, 2010, p.20).

Outro aspecto relevante em relação às repercussões sociais nos acidentes de trabalho diz respeito ao "público alvo", os acidentes atingem cada vez mais a população economicamente ativa, ocorre na faixa etária mais produtiva, ou seja, dos 31(trinta e um) aos 50 (cinquenta) anos. Sabe-se que na fase adulta são afetadas as relações profissionais, sendo que muitas vezes com a interrupção de uma carreira em ascensão gera perturbações na vida social do trabalhador.

É preciso que o Estado crie ou amplie as políticas sociais existentes, a fim de torná-las mais eficazes na garantia de uma vida digna aos trabalhadores, voltadas especificamente a prevenção dos infortúnios laborais e no acompanhamento do acidentado e de sua família.

Desde os primórdios da existência humana o trabalho é utilizado como meio relacionamento e integração social, tendo assim, importância fundamental de garantir a subsistência, como também, na constituição da vida, nos aspectos físicos, sociais e mentais e, portanto, precisa lhe ser garantido através do cumprimento das normas já existentes meios de continuar a usufruir de forma saudável dessa integração, com o objetivo de se alcançar o objetivo maior que o respeito à dignidade da pessoa humana.

denciais, ou seja, o entendimento atual das Cortes Superiores sobre o tema proposto.

Através disto, identificou-se, por exemplo, uma evolução do pensamento jurídico, principalmente através de teses doutrinárias ao se admitir a aplicação da responsabilidade objetiva nos acidentes de trabalho, fato que beneficia sobremaneira o trabalhador, que é o hipossuficiente na relação laboral.

Buscou-se ainda, demonstrar que as políticas públicas no combate a redução no número de acidentes e mortes de trabalhadores não caminhou na mesma celeridade do desenvolvimento econômico do Brasil, e nos dias atuais, ainda se tem índices alarmantes de mortes de trabalhadores e acidentados.

Outro fator verificado na pesquisa diz respeito aos efeitos decorrentes dos acidentes de trabalho na vida do trabalhador, constatou-se que a questão social é tão importante quanto às políticas prevencionistas de combate aos acidentes, pois o trabalhador antes de tudo é um ser humano, e não deve mais ser visto como objeto para trabalho e sim como colaborador participante do desenvolvimento de nosso País.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs discutir a caracterização da responsabilidade civil das construtoras nos acidentes de trabalho, atentando-se em todos os momentos para as repercussões sociais na vida do trabalhador oriundas desses acidentes.

Para se chegar ao objetivo proposto abordou-se de forma singela e clara sobre os elementos e situações caracterizadoras da responsabilidade civil, incorporando-se ao texto não somente posições doutrinárias, mas jurispru-

Por último, consigna-se que apesar de não se tratar de uma temática tão recente no direito brasileiro, deve ser levado em consideração, sobretudo a escassez de estudos doutrinários acerca do assunto, contudo, devido à sua amplitude, o assunto não se esgotou por inteiro. Assim, espera-se o surgimento de novos trabalhos nessa seara.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto lei nº. 5.452, de 01 de maio de 1.943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Vade Mecum / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 11. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Decreto nº 3.724 de 15 de janeiro de 1.919.** Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. Disponível em: http://www.acidentedotrabalho.adv.br/leis/DEC-003724/Integral.htm. Acesso 04.05.2013 às 14h58min.

_____. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso 03.02.2013 às 20h23mim.

_____. **Portaria MTB nº 3.214 de 08 de julho de 1978**. Aprova as normas regulamentadoras - NR - do capítulo V, título II, da consolidação das leis do trabalho, relativas a segurança e medicina do trabalho. Disponível em: http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/63/mte/1978/3214.htm. Acesso 03.02.2013 às 20h45mim.

_____.**Tribunal Superior do Trabalho.** Acidente de trabalho. Responsabilidade civil do empregador. Teoria do risco. Art.7º, caput e inciso XXVIII, da Constituição Federal. Responsabilidade objetiva. Possibilidade. E-RR n.9951600-44.2005.5.09.0093. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, 12 de novembro 201o. Disponível em: http://www.legjur.com/noticias/2115/tst-8-t-responsabilidade-civil-empregador-acidente-de-trabalho-acidente-de-transito-recurso. Acesso em 26 de março de 2013 às 09hs 17 min.

BEDIN, Barbara. **Prevenção de acidentes de trabalho no Brasil sob a ótica dos incentivos econômicos.** São Paulo: LTr, 2010.

FILHO, Rodolfo Pamplona. **Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil brasileiro.** Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/6723>. Acesso em: 4 abr.2011.

MARTINS, Sergio Pinho. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do Trabalho na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

NETO, José Affonso Dallegrave. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2008

PARIZATTO, João Roberto. **Manual Prático do Código Civil – Doutrina, Jurisprudência, Modelos Práticos.** 2ª. Tiragem. São Paulo: Editora Parizatto. v.1, 2011.

_____, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

RODRIGUES, Priscila Françoise Vitaca; BELLINI, Maria Isabel Barros. **A organização do trabalho e as repercussões na saúde do trabalhador e sua família.** Revista Eletrônica Textos e Contextos, Porto Alegre, v. 9, n. 2, p. 345-357, ago./dez. 2010.

A CLT INVADIDA (OU DOMESTICANDO A EXCLUSÃO)
O TARDIO INGRESSO DO TRABALHO DOMÉSTICO NA CLT

O tardio ingresso do trabalho doméstico na CLT

Juiz Antonio Umberto de Souza Júnior[1]

1

1. Primeiras palavras

O Direito, por vezes, trai a sua vocação para a estabilidade, geradora de segurança e sossego social. Seja pela obra coletiva da jurisprudência, seja pela obra coletiva dos parlamentos, em certas ocasiões emerge a necessidade de ajustar estruturas, atualizar institutos ou revolucionar concepções.

No caso do trabalho doméstico, a história tem revelado uma gradual fuga do passado, ligado à escravidão e à pobreza (não só econômica, mas também de proteção jurídica), que culminou com a promulgação da Emenda Constitucional nº 72, em abril de 2013. Afinal, de um regime consolidado excludente de qualquer tutela legal laboral a favor dos empregados domésticos (CLT, art. 7º, a) passamos a um novo regime em que quase todos os direitos sociais fundamentais dos empregados urbanos e rurais (aqui a locução "empregados urbanos e rurais" coloca-se, nos moldes do caput do art. 7º, como categoria paralela à dos empregados domésticos, ainda que possam estes atuar em zonas urbanas ou rurais) foram, paulatinamente, pela via legal e pela via constitucional, estendidos aos trabalhadores residenciais.

Ante o cenário de mutação do regime de proteção do trabalho doméstico, cumpre indagar se persiste válida, com o vigor que a retórica do texto insinua, a regra introdutória da CLT que dela expulsou, dentre outras categorias, os trabalhadores domésticos.

2. Breve história do trabalho doméstico no Brasil

Não se tem notícia de que nas comunidades "precabralinas", isto é, nas sociedades indígenas ocupantes do território brasileiro até a chegada dos portugueses, em 1.500, houvesse pessoas a soldo a serviço das famílias. Os serviços domésticos eram realizados pelos próprios integrantes dos núcleos familiares como ocorre até hoje em muitos lares mundo afora.

Com a chegada dos achadores do Brasil, foram capturados contingentes numerosos de índios viventes no nosso território e trazidas legiões de negros africanos para emprestarem, em regime de escravidão, a sua força de trabalho dividida entre a produção nos campos e as tarefas de arrumação, cozinha e higiene das vestimentas nas casas tanto na zona rural quanto nos centros urbanos. Tais prestadores de serviços rurais e domésticos eram considerados reles mercadorias e, como todo bem, tinham o seu destino completamente confiado ao arbítrio de seus respectivos senhores.

Abolida a escravatura, com a promulgação da Lei Áurea, em 13 de maio de 1.888[2], os negros tornaram-se livres, mas, sem qualquer preparação para uma vida sem correntes, continuaram atrelados às mesmas atividades desempenhadas antes do ato firmado pela Princesa Isabel. Como se dava com as demais formas de trabalho, as atividades laborais dos ex-escravos passaram a ser regidas pelas regras da locação de serviços. Somente no início do Século XX é que começaram a ser editadas, na onda das primeiras constituições introdutoras de direitos sociais (sendo pioneira a Mexicana em 1.917), as primeiras leis brasileiras esparsas em matéria de Direito do Trabalho, endereçadas a determinadas categorias profissionais.

Até a edição da primeira lei nacional de tutela do trabalho doméstico (Decreto-lei nº 3.078/41), a prestação de tal serviço era regida inicialmente, à falta de norma brasileira, pelas Ordenações Filipinas portuguesas de 1.603 (Títulos XXIX e seguintes do Livro 4)[3], chegando, inclusive, a estipular o prazo prescricional trienal para reclamação de créditos pendentes (Título XXXII) e a indenizabilidade da remuneração correspondente ao período remanescente do contrato em caso de dispensa antecipada do criado (Título XXXIV).

1. Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Brasília. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2007-2009). Diretor do Foro Trabalhista de Brasília (2013). Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (2013-2014). Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor de Direito e Processo do Trabalho do Curso de Direito do UniCEUB – Centro Universitário de Brasília e da ENAMAT – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho. Coordenador Acadêmico dos Cursos de Especialização do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público (Brasília) e da ATAME (Brasília, Goiânia e Palmas).

2. "É declarada extincta desde a data desta lei a escravidão no Brazil" (sic – Lei nº 3.353/1888, art. 1º).

3. Transcreve-se, à guisa de curiosidade histórica, o primeiro dispositivo a tratar, no Brasil, dos criados, denominação sinônima dos domésticos: "TÍTULO XXIX. Do criado que vive com o senhor a bemfazer, e como se lhe pagará o serviço. Posto que algum homem, ou mulher viva com senhor, ou amo, de qualquer qualidade que seja, a bemfazer sem avença de certo preço; ou quantidade, ou outra cousa, que haja de haver por seu serviço contentando-se do que o senhor, ou amo, lhe quiser dar, será o amo e senhor obrigado a lhe pagar o serviço, que fez, havendo respeito ao tempo, que servio, e à qualidade do criado e do serviço. Porém, se entre elles houver contracto feito sobre o serviço, cumprir-se-ha o que entre elles fòr tractado, como fòr direito" (sic).

Posteriormente, a matéria passou a ser disciplinada, embora genericamente (não apenas em relação aos domésticos), pelas disposições do Código Civil de 1.916 referentes à locação de serviços (arts. 1.216 a 1.236).

Em linhas gerais, o antigo Código Civil trazia as seguintes regras a serem observadas:

a) a retribuição financeira só era exigível após a conclusão do serviço ou podia ser paga em prestações (art. 1.219);

b) o prazo máximo dos contratos era de 4 anos, impreterivelmente (art. 1.220);

c) era obrigatório o aviso prévio para rescisão dos contratos sem prazo determinado que variava de 1 a 8 dias (art. 1.221);

d) podiam ser exigidos quaisquer serviços compatíveis com as forças e condições do trabalhador (art. 1.223);

e) previam-se justas causas para que o trabalhador desse por findo o contrato como, por exemplo, a morte do locatário, a exigência de serviços superiores às suas forças, legalmente proibidos, moralmente condenáveis ou estranhos ao contrato, o tratamento patronal com rigor excessivo, o descumprimento contratual pelo locatário, ofensas morais ou vulnerabilidade a situação de perigo manifesto de dano ou mal considerável (art. 1.226), norma certamente inspiradora do texto do art. 483 da CLT;

f) previam-se, por outro lado, justas causas para rescisão contratual pelo tomador dos serviços (locatário) como, por exemplo, a perpetração de ofensas morais pelo trabalhador a pessoa de sua família, "vícios ou mau procedimento do locador", inobservância de obrigação contratual e imperícia na execução dos serviços (art. 1.229);

g) o contrato deveria, em regra, ser cumprido pessoalmente pelo trabalhador (art. 1.232).

3. A primeira lei brasileira dos domésticos

A primeira lei nacional a regular o trabalho doméstico, de modo específico, foi o Decreto-lei nº 3.078/41[4]. Segundo tal diploma legal, eram considerados "empregados domésticos todos aqueles que, de qualquer profissão ou mister, mediante remuneração, prestem serviços em residências particulares ou a benefício destas" (art. 1º). Tal diploma assegurava aos empregados domésticos a anotação do contrato em carteira profissional, que também servia de prova de quitação ou ausência de pagamento dos salários e, após o sexto mês de vigência do contrato de trabalho, aviso prévio de 8 dias a ser cumprido em serviço ou a ser indenizado (arts. 2º, caput, e 3º, §§ 1º, 2º e 3º).

Também definia o aludido decreto-lei os deveres das partes no contrato de trabalho doméstico. Interessante perceber, já naquela época, a preocupação com o respeito à dignidade das pessoas envolvidas naquela espécie de relação de trabalho.

4. Pouco antes, o Decreto-lei nº 3.616/41 mencionou os serviços domésticos, "assim considerados os concernentes às atividades normais da vida familiar" (art. 1º, a), mas apenas para excluir os empregados domésticos do regime de proteção ali instituído que proibia o trabalho aos menores de 14 anos. Mais cedo, o Decreto nº 16.107/23 regulara de forma abrangente o trabalho doméstico, mas estritamente no âmbito do território do Distrito Federal.

Eram deveres do empregador doméstico (art. 6º):

a) tratar com urbanidade o empregado, respeitando-lhe a honra e a integridade física;

b) pagar pontualmente os salários convencionados;

c) assegurar ao empregado as condições higiênicas de alimentação e habitação quando tais utilidades lhe sejam devidas.

Já os empregados domésticos eram obrigados (art. 7º) a:

a) prestar obediência e respeito ao empregador, às pessoas de sua família e às que vivem ou estejam transitoriamente no mesmo lar;

b) tratar com polidez os que se utilizarem eventualmente dos seus serviços;

c) desobrigar-se dos seus serviços com diligência e honestidade;

d) responder pecuniariamente pelos danos causados por sua incúria ou culpa exclusiva;

e) zelar pelos interesses do empregador.

O descumprimento de qualquer dos deveres propiciava a ruptura do contrato. Se a parte inadimplente fosse o empregador, o trabalhador teria direito à indenização do aviso prévio de 8 dias; se fosse o empregado o inadimplente, o empregador podia dispensá-lo sem necessidade de indenizar ou comunicar previamente sua intenção rescisória.

4. A expulsão dos domésticos da tutela legal trabalhista genérica

Apesar do propósito de reunir, em um só diploma legal, todas as normas trabalhistas esparsas (daí seu rótulo), a Consolidação das Leis do Trabalho, implementada pelo Decreto-lei nº 5.452/43, retrocedeu no campo da regulação do trabalho doméstico ao excluir ostensivamente tal categoria profissional de suas disposições. Reza o art. 7º da CLT:

> *Art. 7º. Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando fôr em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:*
>
> *a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas;*

Como se lê do texto legal, somente se aplicariam as disposições da CLT quando fosse "expressamente determinado". Não há, no texto da CLT, nenhuma outra referência explícita ao trabalho doméstico de modo que os empregados residenciais ficaram sem a sombra protetiva do estatuto básico dos trabalhadores brasileiros. Logo eles, tão profundamente subordinados a seus tomadores, ficaram à margem do Direito do Trabalho pleno, vítimas da exclusão institucional – mero espelho de outra exclusão bem mais dolorosa que é a exclusão social, esta herdeira da escravidão.

Vale observar, contudo, que o Decreto-lei nº 3.078/41 não chegou a ser expressamente revogado. Em se tratando de lei especial, não foi tal decreto-lei revogado tacitamente pela CLT, norma geral (Decreto-lei nº 4.657/42, art. 2º, § 2º)[5] , e por isso, à época da sanção da Lei nº 5.859/72, já vigorava um regime de proteção legal mínima do trabalho doméstico, complementado pela legislação comum atinente à locação de serviços (Código Civil/1916, arts. 1.216 a 1.236). Reforça tal constatação a menção expressa ao Decreto-lei nº 3.078/41 no texto do art. 1º da Lei nº 2.757/56, a seguir comentada.

5. A inclusão progressiva do trabalho doméstico no Direito do Trabalho brasileiro

O primeiro avanço legislativo na direção da inserção dos empregados domésticos na plenitude normativa da CLT veio com a edição da Lei nº 2.757/56. Atento o legislador ao fenômeno da expansão dos conjuntos verticais e horizontais de edifícios urbanos, deliberou-se desclassificar como doméstico o trabalho realizado nos condomínios residenciais, não voltado individualmente aos moradores respectivos. Tais empregados, nos termos da definição legal dos dois decretos-leis então vigentes (nºs 3.078/41 e 5.452/43), eram domésticos (ainda que trabalhando simultaneamente para várias famílias), mas, por força de tal lei, passaram à condição de empregados urbanos destinatários de toda proteção conferida pela CLT e legislação complementar.

Em 1962, foi instituído o 13º-salário, à época conhecido como gratificação natalina, para todos os trabalhadores. Como o novo direito foi implementado pela Lei nº 4.090/62, ou seja, fora da CLT, e não fez distinção entre as categorias de empregados, a regra de exclusão legal dos domésticos, já comentada, não afetou a extensão do benefício a essa categoria profissional.

Até 1.972, o contrato de trabalho doméstico era regido, como já visto, pelo Decreto-lei nº 3.078/41 e, subsidiariamente, pelas disposições pertinentes à locação de serviços no Código Civil. Naquele ano foi editada a Lei nº 5.859 que, fundamentalmente, atribuiu, como direitos novos dos domésticos (o direito à carteira profissional anotada já fora contemplado por aquele diploma legal da década de 40), o gozo de férias anuais remuneradas por 20 dias úteis (art. 3º) e a filiação compulsória à Previdência Social (art. 4º).

Valendo-se da mesma técnica adotada na introdução do 13º-salário, criou-se o vale-transporte fora do corpo da CLT. Novamente, os domésticos foram contemplados no mesmo instante dos demais empregados (inclusive com referência expressa à categoria no ato que regulamentou a mencionada lei – Decreto nº 95.247/87, art. 1º, II).

Passo importante na inclusão dos empregados domésticos, de modo mais significativo, no mundo normativo do Direito do Trabalho foi dado quando da promulgação da atual Constituição Federal. Depois de alinhar os vários direitos, muitos inéditos, dos trabalhadores urbanos e rurais, finalmente equiparados entre si, atribuíram-se aos domésticos novos direitos, no texto do parágrafo único do art. 7º (salário mínimo, irredutibilidade salarial, repouso semanal remunerado, terço de férias, licença-maternidade, licença-paternidade e aviso prévio proporcional ao tempo de serviço), além da ratificação de conquistas anteriores (13º, filiação à Previdência Social, inclusive com direito à aposentadoria, e férias anuais).

Para operacionalizar o novo regime previdenciário decorrente da nova ordem constitucional, inclusive no tocante ao custeio das contribuições e à fruição dos benefícios previdenciários alusivos aos empregados domésticos, foram editadas as Leis nºs 8.212/91 (Lei de Custeio da Previdência Social) e 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), com regras diferenciadas acerca da contagem dos prazos de carência, da garantia de benefício mínimo mesmo na ausência de comprovação dos recolhimentos previdenciários, da forma de pagamento da licença-maternidade e da data inicial dos benefícios de aposentadoria. Antes delas a Lei nº 6.887/80 rompera com uma incompreensível limitação do salário-de-contribuição ao máximo equivalente ao salário mínimo, elevando-o ao patamar de 3 salários mínimos por meio do acréscimo do § 1º ao art. 5º da Lei dos Domésticos (Lei nº 5.859/72).

Dez anos depois da contemplação dos empregados domésticos nas novas leis previdenciárias, o Congresso Nacional acenou com uma aparente novidade a favor dos empregados domésticos – o FGTS.

No entanto, a Lei nº 10.208/2001, imitando ao avesso o antigo regime de opção dos trabalhadores pelo FGTS (Lei nº 5.107/66, art. 1º), inventou uma curiosa opção patronal pelos recolhimentos fundiários, acrescentando o art. 3º-A à Lei nº 5.859/72. A novidade – a rigor prescindível, pois os empregadores em geral são livres para conceder direitos que extravasem o mínimo juridicamente assegurado a seus empregados (CLT, art. 444) – não

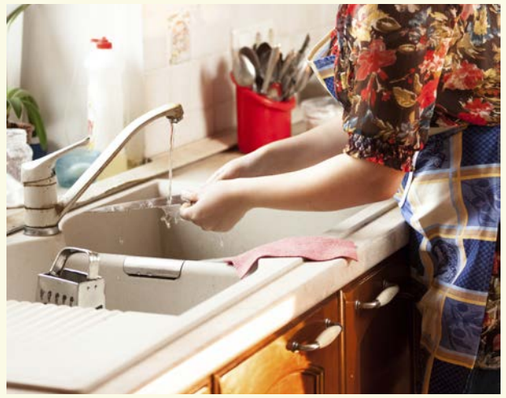
5. Comungando da mesma opinião de subsistência do Decreto-lei nº 3.078/41, mesmo na vigência da CLT, e afirmando que o contrato dos domésticos já era contrato de trabalho e não mais de locação de serviços: MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XLVII, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 334; RUSSOMANO, Mozart Victor. O empregado e o empregador no Direito brasileiro, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 129.

surtiu nenhum efeito relevante, pois implica em aumento de custos por adesão voluntária do devedor.

Em todo caso, vale notar que, na hipótese de realização dos depósitos para o FGTS, os domésticos passaram a ter direito ao seguro-desemprego no valor de um salário mínimo pelo tempo máximo de 3 meses (Lei nº 5.859/72, art. 6º-A, caput).

Por fim, o mesmo diploma legal estendeu aos empregados domésticos o regime disciplinar da CLT, prevendo a sua dispensa por justa causa pelas mesmas hipóteses previstas no art. 482, à exceção das situações de violação de segredo empresarial e de negociação habitual por conta própria ou alheia em concorrência desleal com o empregador ou em prejuízo da regularidade dos serviços prestados (Lei nº 5.859/72, art. 6º-A, § 2º).

Outra onda de ampliação dos direitos trabalhistas dos empregados domésticos, mediante a técnica de adendos à lei especial dessa categoria, foi impulsionada pela Lei nº 11.324/2006: de um lado, conferiu às empregadas domésticas grávidas a mesma estabilidade provisória a que já faziam jus as demais empregadas, vedando a sua dispensa arbitrária ou sem justa causa desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, e garantiu a todos os domésticos a mesma duração das férias dos trabalhadores em geral – 30 dias (Lei nº 5.859/72, arts. 3º e 4º-A); de outro, baniu a possibilidade de efetivação de descontos salariais "por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia" aos domésticos (Lei nº 5.859/72, art. 2º-A, caput), embora proibindo também a consideração de tais utilidades como salário in natura (Lei nº 5.859/72, art. 2º-A, §



2º) e, com a revogação expressa da alínea a do art. 5º da Lei nº 605/49, ampliou o direito dos empregados residenciais ao repouso semanal remunerado para alcançar não só os domingos, mas também os dias feriados (Lei nº 11.324/2006, art. 9º).

Como a mais recente e relevante etapa do claro processo de melhoria da condição jurídica dos empregados domésticos no Brasil, tivemos a promulgação da Emenda Constitucional nº 72/2013 que modificou substancialmente o rol de direitos trabalhistas dos trabalhadores urbanos e rurais.

A par dos direitos já conquistados pela via constitucional e pela via da legislação ordinária, são estendidos a tais profissionais os direitos ao salário mínimo quando for variável a remuneração, jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais, horas extras, redução dos riscos por meio de normas de saúde, higiene e segurança, proteção do salário com a criminalização de sua retenção dolosa, reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, proibição de discriminação na contratação, distribuição de funções e estipulação de salários em função de sexo, cor, estado civil, idade ou defi-

ciência, proibição de trabalho noturno, insalubre ou perigoso por menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, proteção contra despedida arbitrária, FGTS (não mais facultativo), seguro-desemprego, adicional noturno, salário-família, assistência gratuita para abrigar seus filhos em creches e na preescola e seguro e indenização em virtude de acidente de trabalho. Ficou assim o texto promulgado em 2 de abril de 2013:

> *Art. 7º Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.*

A despeito de não haver, propriamente, o total estabelecimento de igualdade entre trabalhadores domésticos e trabalhadores urbanos e rurais, a ementa da emenda assim rotulou o teor do novo texto constitucional. Ainda que se possa acusar de exagerada a retórica da ementa do novo texto constitucional, é fora de dúvida que o alargamento do rol de direitos sociais fundamentais dos empregados domésticos aproximou-os bastante dos demais empregados (constitucionalmente rotulados como "urbanos e rurais"). Os direitos que remanescem em zona de exclusividade dos empregados não domésticos são em maior parte incomunicáveis com o regime dos trabalhadores do lar por serem incompatíveis com tal ambiente laboral. Aliás, mesmo alguns segmentos dos trabalhadores urbanos e rurais não são beneficiários de parte dos direitos contemplados nos incisos do art. 7º da Constituição Federal. Pense-se, por exemplo, na participação nos lucros e resultados, inexigível de instituições sem propósitos tipicamente capitalistas como igrejas, instituições filantrópicas e associações de cunho meramente acadêmico ou cultural.

6. O problema das lacunas no Direito do Trabalho Doméstico

Problema sempre relevante nos sistemas jurídicos consiste nos métodos de suprimento das lacunas normativas. Aspirando o Direito servir como instrumento perpétuo de paz e equilíbrio social, as constatações de incompletude dos sistemas abalam a confiabilidade deles na conquista de seu objetivo central. Surge, então, a questão de levantamento dos mecanismos integradores do direito.

No caso do trabalho doméstico, aparentemente, a situação seria singela: tendo a CLT descartado a aplicabilidade de suas normas aos criados e serviçais do lar (art. 7º, a), não haveria espaço para utilizar as suas disposições, com escora na analogia legalmente autorizada na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-lei nº 4.657/42, art. 4º) ou no art. 8º da CLT[6], por-

6. Invoca-se aqui a CLT apenas secundariamente para não cairmos numa petição de princípio: se a CLT não autoriza a incidência de suas normas aos domésticos, salvo quando haja determinação expressa em contrário, não se poderia invocar a norma de integração das lacunas do direito constante de seu art. 8º, eis que também ela seria inaplicável. Contudo, a discussão seria estéril porque também a LINDB permite o recurso à analogia para suprimento de lacunas normativas.

que foi a própria lei cuja aplicação analógica se poderia cogitar que proibira expressamente tal empréstimo normativo (numa espécie de autoblindagem).

Logo, à primeira vista, não sobraria ao aplicador do direito, às voltas com situações jurídicas de anomia que envolvessem o trabalho doméstico, outro canal senão valer-se do regime jurídico desimpedido mais próximo – na verdade, a figura jurídica historicamente antecessora mais próxima dos contratos de trabalho – que são as disposições concernentes à locação (ou prestação, na dicção do diploma vigente) de serviços no direito comum (Cód. Civil/1916, arts. 1.216 a 1.236, e Cód. Civil/2002, arts. 593 a 609).

Nesse contexto, as questões à época não reguladas pelo Decreto-lei nº 3.078/41, como a invocabilidade de justas causas rescisórias, só podiam encontrar alguma sombra nas disposições do diploma civil anterior.

O quadro, todavia, sofreu gradativamente mudanças com a inclusão dos empregados domésticos em um regime jurídico-trabalhista próprio, ainda que menos protetivo que o regime jurídico-trabalhista geral. A partir do instante em que, progressivamente, são introduzidos institutos de cunho tipicamente trabalhista, em leis supervenientes à CLT, a força da barreira da norma proibidora do art. 7º, a, foi arrefecendo. É que, adentrando em aspectos peculiares do Direito do Trabalho, como a introdução das férias, do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e do repouso semanal remunerado, dentre outros direitos, a aplicação das normas regentes do trabalho doméstico, produzidas sem condicionamento a futura regulamentação legal ou de qualquer outra ordem, se tornaria totalmente inviável se o único apoio normativo integratório fosse o direito comum, indigente nas matérias trabalhistas como não poderia deixar de ser, frustrando e afrontando as iniciativas parlamentares incrementadoras de melhores condições de trabalho a tal categoria de empregados.

O quadro, todavia, sofreu gradativamente mudanças com a inclusão dos empregados domésticos em um regime jurídico-trabalhista próprio.

Um primeiro passo ostensivo na direção da superação da barreira legal expressa imposta pela CLT foi dado na primeira regulamentação da Lei nº 5.859/72, com a determinação literal de que se aplicasse aos empregados domésticos o capítulo das férias do texto consolidado (Decreto nº 71.885/73, arts. 2º e 6º).

Com a expansão da plataforma de direitos trabalhistas, com a sucessão de inovações legais e constitucionais aproximando os regimes geral (empregados urbanos e rurais) e especial (domésticos), não há outra base normativa mais adequada para o recurso à analogia que a CLT, esvaziando significativamente o alcance da proibição preliminar lançada no seu art. 7º, a.

Ademais, é importante destacar que, no conjunto de regras sucessoras da locação de serviços no Código Civil de 2002, encontra-se dispositivo legal que taxativamente descarta a sua aplicação "às leis trabalhistas" (art. 593), solução jurídica sem correlata regra no código revogado.

Assim, se o hermeneuta insistir no apego à literalidade do direito positivo vigente (CLT, art. 7º, a), lançará a disciplina do trabalho doméstico a um limbo normativo, juridicamente insuportável se considerarmos que a maior parte dos direitos conquistados pelos domésticos, inclusive no plano constitucional, encontra correspondência nas normas trabalhistas comuns e é prevista em normas, insiste-se, de eficácia imediata.

Assim, a aproximação dos conjuntos de direitos trabalhistas do regime geral e do regime especial dos domésticos induz a aplicação da CLT em tudo aquilo que não esteja regulado por lei específica, ou seja, os institutos trabalhistas domésticos deverão observar, prioritariamente, o regramento próprio (sobretudo a Lei nº 5.859/72) e, subsidiariamente, a CLT. É a inteligência do critério clássico de preservação das normas especiais e gerais diante da lei nova, ou seja, "a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior" (LINDB, art. 2º, § 2º).

Assim, nos pontos em que a Lei nº 5.859/72 estabeleça regramento específico para os domésticos (por exemplo, a proibição de descontos a título de alimentação e moradia), tal disciplina fica confinada ao perímetro de abrangência subjetiva da norma e, neste caso, a CLT não poderá ser utilizada. Em contrapartida, sendo omissa a lei especial dos domésticos acerca de determinado direito assegurado pela ordem constitucional por meio de norma de eficácia plena (a exigibilidade do pagamento de horas extras pela extrapolação dos limites diário de 8 horas ou semanal de 44 horas, por exemplo), será inevitável o socorro à analogia para importar a solução das normas gerais consolidadas.

A mesma solução é defensável para a hipótese de mora legislativa na regulamentação dos direitos novos criados por meio de norma com eficácia limitada, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção (a disciplina provisória do direito de greve dos servidores públicos estatutários pela aplicação adaptada da Lei de Greve – Lei nº 7.783/89 – dos trabalhadores sob regime jurídico privado soa como um bom exemplo). Naturalmente, é preciso convir que, dadas as peculiaridades do trabalho doméstico, nem sempre será possível que a CLT seja observada em sua inteireza. É preciso ponderar que as singularidades do trabalho doméstico podem legitimar o aproveitamento das normas da CLT com algumas adequações, desde que sempre respeitado o núcleo essencial de cada direito.

Um caso ilustrativo de tal mitigação normativa era o modo de cumprimento do aviso prévio antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 72/2013: não dispondo anteriormente os empregados domésticos do direito à limitação de sua jornada de trabalho, era impossível a opção pelo cumprimento do aviso prévio com a redução diária de 2 horas de trabalho durante o respectivo período, não havendo alternativa à concessão de folga em 7 dias corridos no período do desfecho contratual (CLT, art. 488, parágrafo único).

Outro exemplo, projetando possíveis controvérsias a partir do novo direito à limitação do tempo de trabalho, é a elasticidade rígida dos intervalos para repouso e refeição, somente dilatáveis, segundo a lei, para além de 2 horas por meio de acordo escrito ou negociação coletiva e redutíveis para aquém de 1 hora caso haja autorização do Ministério do Trabalho e Emprego (CLT, art. 71 caput e § 3º). Sendo usualmente tomadas as refeições no próprio local de trabalho, não seria pertinente a exigência de autorização ministerial para compressão do intervalo intrajornada no trabalho residencial.

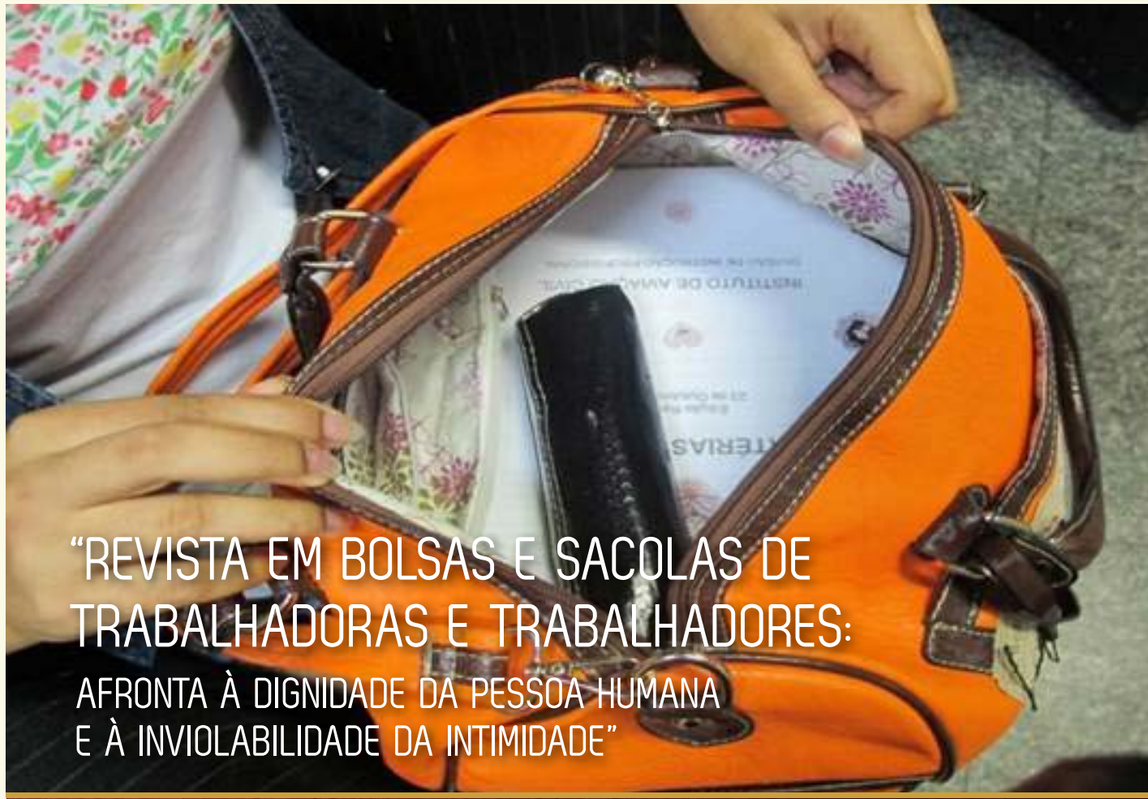
7. Com jeito de conclusão

Portanto, na atualidade, a CLT será a fonte formal subsidiária preferencial para preencher as muitas lacunas normativas de um sistema de proteção (o doméstico) agregado de novos direitos comuns aos demais empregados e a vigorarem sem a necessidade de qualquer interposição legislativa regulamentadora.

Também será aplicável aos domésticos o estatuto processual contemplado na CLT. Aqui, é inevitável tal incidência porque não diz respeito à relação de direito material, mas ao rito para solução das controvérsias domésticas levadas à Justiça do Trabalho, inquestionavelmente competente para nelas atuar à luz do art. 114, I, da Constituição Federal.

Para que não se pense, contudo, que o art. 7º, a, da CLT, seja letra morta, vale frisar que a CLT continua inaplicável aos domésticos em relação àqueles direitos que não se comuniquem com o regime especial dos trabalhadores residenciais. Assim, não se pode cogitar, por exemplo, de adicional de insalubridade ou periculosidade porque tais vantagens trabalhistas não estão compreendidas, por ora, no espectro de direitos trabalhistas domésticos. Em tais pontos, continua hígida a norma excludente trabalhista.

Assim, a retórica excludente da CLT não é respeitável, ao menos em sua amplitude original, no contexto atual de um novo regime de tutela do trabalho doméstico.



"REVISTA EM BOLSAS E SACOLAS DE TRABALHADORAS E TRABALHADORES: AFRONTA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE"

Desembargador Brasilino Santos Ramos [1]
TRT 10ª Região

EMENTA: 1. Introdução. 2. Os Direitos Fundamentais e o Estado Constitucional. 3. Dignidade e Intimidade: resistência ideológica. 4. A jurisprudência dos Tribunais e o tratamento isonômico da dignidade do consumidor e do trabalhador. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1.Introdução

A discussão objeto deste ensaio cinge-se à licitude ou não da conduta empresarial em proceder à revista, por intermédio de fiscais - seus empregados ou terceirizados - em bolsas, sacolas e mochilas de empregadas e empregados. O mesmo objetivo se alcança quando se solicita à trabalhadora ou trabalhador que exiba os seus pertences que se encontram no interior dessas bolsas, sacolas, mochilas ou outro recipiente.

Dois pontos essenciais devem ser explorados para delineamento da situação jurídica e fática que permeia a questão.

O primeiro deles é precisar e definir se a

1. Desembargador do Trabalho (TRT da 10ª Região), Especialista em Direito do Trabalho (UniCEUB-DF), Mestre em Direito do Trabalho (PUC -MG), Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho (Graduação e Pós-Graduação) no UniCEUB-DF.

revista em bolsas, sacolas e mochilas de empregados e empregadas - mesmo que venha a ser realizada com moderação e razoabilidade - caracteriza ou não afronta ao direito fundamental de inviolabilidade da intimidade, conforme assegura o art. 5º, inciso X, da Constituição da República.

O segundo aspecto é averiguar se, em cada caso concreto, essa revista faz-se necessária e se pode ser efetuada nos estritos limites legais afetos ao poder diretivo do empregador, entre eles o de fiscalizar seus empregados, sem afrontar-lhes a dignidade como seres humanos, valor também constitucionalmente assegurado e eleito como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inciso III).

2. Os Direitos Fundamentais e o Estado Constitucional.

Louvando-se no magistério de Joaquim Carlos Salgado , Gabriela Neves Delgado destaca que os Direitos Fundamentais são reconhecidos universalmente a partir da positivação nas Constituições. Esses direitos, no curso da história, passaram por três momentos. No primeiro, denominado de conscientização, na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, formou-se a consciência de que o ser humano é sujeito de direitos universais, posteriormente positivados na Declaração dos Direitos do Homem, em 1789.

O segundo momento, o da positivação, insere esses direitos, especialmente os sociais, nas Cartas Constitucionais, com destaque pioneiro para as Cartas Políticas do México (1917) e da alemã de Weimar (1919). Oportuno destacar ainda que a positivação dos Direitos de primeira e segunda dimensão deu origem ao Constitucionalismo Social .

O terceiro momento, o da efetivação, é inerente ao modelo atual de Estado Constitucional e exige a implementação, a concretização, a realização em sociedade desses direitos fundamentais sociais.

Lúcida a análise de Mauro Vasni Paroski ao afirmar que a doutrina do Estado Liberal, embora representasse um avanço em relação ao Estado absolutista, levou a uma experiência insatisfatória, aumentando as diferenças sociais entre os indivíduos e os grupos sociais, notadamente no campo das relações entre patrões e operários[5]. Liberdade e igualdade – apenas formal – não garantiram o progresso econômico, social e individual,

2. SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 20, n.3, jul.-set/1966.

3. DELGADO, Gabriela Neves. Direito Fundamental ao Trabalho Digno. São Paulo: LTr, 2006, p. 56.

4. Segundo Paulo Bonavides o Constitucionalismo Social é "aquele que nas relações do indivíduo com o Estado e vice-versa faz preponderar sempre o interesse da sociedade e o bem público." Aduz que essa forma de Constitucionalismo teve sua positivação inicial em duas Constituições da América Latina: a da Venezuela, a célebre Carta bolivariana de 1811 e a do México, em 1917. Afirma o citado jurista que a Constituição mexicana deu um tratamento normativo no que diz respeito à matéria social "um teor qualitativo e quantitativo cujo alcance sobre-excede o da Constituição de Weimar promulgada em 1919, dois anos depois." Entretanto, a carta alemã de Weimar teve repercussão imediata "contribuindo deveras para estabelecer, por seu reflexo ideológico os fundamentos do constitucionalismo social, com irradiação a outras Cartas, que receberam assim o influxo wemariano, tão importante para a abertura da nova era constitucional inaugurada na segunda década do século XX." (BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo Social e Democracia participativa). Disponível em http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-234s.pdf. Acesso em: 6 set. 2011.

5. Reportando-se ao magistério de Fábio Comparato (In: A afirmação histórica dos direitos fundamentais. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52-53) sobre a garantia formal do Estado Liberal de uma igualdade formal de todos perante a lei, PAROSKI (2008, p.115-116) destaca que "O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do Século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e por provocar a indispensável organização da classe trabalhadora." Ademais, "essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança."

somente possível por meio de uma igualdade real de oportunidades de acesso a bens e valores fundamentais, com a melhoria das condições de vida e a construção de uma sociedade mais justa, pois esses direitos "têm forte e inseparável vínculo com o princípio da igualdade (real e não meramente formal), sua maior razão de ser."[6]

Inicialmente, esses direitos experimentaram uma fase de mera previsão ou programaticidade constitucional, de pouca efetividade e quase nenhuma eficácia. Em um segundo momento, no Brasil, especialmente após a promulgação da Carta Política de 1988, passa-se a uma fase de mais efetividade, e de concretude dessa conquista. A própria sociedade, principalmente por meio de suas organizações civis, vem exigindo dos operadores do Direito, principalmente do Ministério Público e do Poder Judiciário, a adoção de medidas que possibilitem que essas conquistas saiam do papel e entrem na realidade fática cotidiana dos cidadãos.

> ...os Direitos Fundamentais são reconhecidos universalmente a partir da positivação nas Constituições.

José Felipe Ledur[7] aponta três momentos históricos nas Constituições brasileiras quanto à normatividade dos direitos sociais. O primeiro, nas Constituições de 1934, 1937 e 1946, que somente continham comandos endereçados ao legislador infraconstitucional para a elaboração da legislação trabalhista e previdenciária; o segundo, na Carta de 1967, que atribuiu hierarquia de direitos constitucionais aos direitos sociais, "de modo que pretensões a ele relacionadas podiam ser deduzidas diretamente da Constituição", e o terceiro momento surge com a promulgação da Constituição de 1988, em que a conquista dos direitos fundamentais sociais – inclusive do "notável incremento do rol dos direitos fundamentais do trabalho" - não foi fruto de meras concessões ou outorga dos constituintes, "mas resultaram da ação e da pressão oriunda de distintos segmentos da Sociedade Civil sobre a Assembleia Constituinte." Aduz, ainda, o seguinte:

6. PAROSKI, Mauro Vasni. Direitos Fundamentais e acesso à Justiça na Constituição. São Paulo: LTr, 2008, p.114/116.

7. LEDUR, José Felipe. Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78-80.

A inserção de regras e princípios de direito do trabalho entre os direitos e garantias fundamentais (artigos 7º a 11 da Constituição de 1988) prova a força do vínculo histórico entre os direitos sociais e o direito ao trabalho e seus desdobramentos em normas de direito do trabalho, previdenciário e coletivo.

[...]

Apesar disso, nos últimos tempos verifica-se tendência imposta pelo 'mercado' que leva a restringir a qualidade dos direitos sociais, especialmente aquele que historicamente serviu de esteio para o reconhecimento dos direitos sociais em geral, que é o direito do trabalho.

Quanto à positivação dos direitos fundamentais na Carta Constitucional de 1988, eles estão inseridos nos Capítulos: I (Direitos e Deveres Individuais – artigos 5º); II (Direitos Sociais – artigos 6º a 11); III (Direitos da Nacionalidade – artigos 12 e 13); IV (Direitos Políticos – artigos 14/16) e V (Partidos Políticos – artigo 17). Todavia, a velha distinção entre direitos humanos como sendo aqueles previstos em normas e tratados internacionais, e direitos fundamentais, apenas os que se encontram positivados na Constituição de um determinado país, já se encontra ultrapassada. Cláudio Armando Couce de Menezes e et al[8] sustentam que "também serão direitos fundamentais os que mesmo não previstos na Constituição estão ligados aos princípios dela, os chamados princípios materialmente fundamentais." No caso da Constituição brasileira, inferem-se das disposições insertas nos §§ 2º e 3º do artigo 5º[9] que também são direitos fundamentais os princípios por ela adotados e os tratados internacionais.

Os direitos fundamentais sociais, nos quais estão incluídos os direitos dos trabalhadores, possuem premissas básicas e estruturais, insertas na própria Carta Magna. Assim, não basta apenas proclamá-los, em uma retórica estéril e sem concretude, mas efetivamente aplicá-los levando-se em conta a análise sistêmica dos comandos constitucionais que traduzem a real dimensão dos Direitos Sociais na sociedade pós-moderna. A desejável e árdua tarefa dos operadores do direito, na busca da efetividade dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores – assim entendida a coletividade e não a individualidade atomizada –, deve ser implementada levando-se em consideração a aplicação conjunta dos seguintes preceitos da Constituição da República:

8. MENEZES, Cláudio Armando Couce et al. Direitos Humanos e Fundamentais, or princípios da progressividade, da irreversibilidade e da não regressividade social em um contexto de crise. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, v. 42, n. 83, jul./dez.2009, p. 63.

9. CF, artigo 5º: "§ 2º - "Os direitos e garantias expressas nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

"§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais." (BRASIL, 2011, p. 16).

a) os fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, artigo 1º, incisos II, III e IV): que consagram o direito à cidadania, à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

b) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que preconizam a promoção do bem de todos, a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e sem discriminação (CF, artigo 3º);

c) em suas relações internacionais, o Brasil rege-se pela prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II);

d) a função social da propriedade (artigo 5º, inciso XXIII);

e) a ordem econômica, que é fundada na "valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", devendo ser observados, ainda, os princípios da função social da propriedade e da busca do pleno emprego (CF, artigo 170);

f) a ordem social que "tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais." (CF, artigo 193).

Entretanto, não obstante essa gama de direitos, escudados nas premissas básicas e estruturais antes apontadas, assiste razão a Benedito Calheiros Bonfim[10] ao afirmar: "É indispensável que, ao lado desses pomposos enunciados, sejam assegurados meios práticos e materiais à sua efetivação."

3. Dignidade e Intimidade: resistência ideológica.

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos destaca:

Todos os homens nascem livres em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Discorrendo acerca da dignidade da pessoa humana José Afonso da Silva[11] *leciona que ela*

[...] constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza. Por conseguinte, a interpretação constitucional não tem outra missão senão a de prestigiá-la, com o que se estará dando primazia a todos os direitos fundamentais do homem.

Com a mesma maestria, Ingo Wolfgang Sarlet[12] destaca que a Carta Magna de 1988, em seu art. 1º, inciso III, ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, reconheceu, de forma categórica "que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não

10.. BOMFIM, Benedito Calheiros. Inefetividade de Direitos Constitucionais do Trabalhador. Revista Synthesis, n. 47/08, São Paulo: 2008, p.71.

11. In http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso3.htm - acesso em 17/09/2013.

12. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 65 e segs.

o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio de atividade estatal". Ainda, segundo o citado doutrinador, por se tratar de qualidade intrínseca da pessoa humana, sua dignidade "é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado".

Na ótica de Fábio Konder Comparato, a dignidade "é o traço distintivo entre o homem e os demais seres vivos". Justifica-se portanto a perfeita síntese de Immanuel Kant ao asseverar que no reino das finalidades humanas

> *[...] tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem preço, pode-se por em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade (destaques do original)*[13] .

Inegável, portanto, seja pela positivação constitucional ou pelas elevadas considerações doutrinárias, que a dignidade da pessoa humana foi elevada ao ápice da pirâmide da axiologia jurídica, pois fonte da qual jorra todos os demais direitos fundamentais. Segundo o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet[14] são elementos constitutivos da dignidade da pessoa humana

> *[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*

A efetivação da dignidade e sua concretização no mundo do trabalho há que se materializar nas condições de labor, no dia a dia, da relação entre os trabalhadores e seus superiores hierárquicos.

Quanto ao direito à inviolabilidade da intimidade é espécie do gênero direitos da personalidade cuja gênese reside no consagrado princípio da dignidade da pessoa humana, eleito como fundamento da República Federativa do Brasil, a teor do art. 1º, III, da Carta Magna. Segundo Alice Monteiro de Barros[15] o direito à intimidade "há muito vem sendo conceituado como aquele que visa a resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem". Afirma ainda que a violação a esse direito pressupõe a ingerência na esfera íntima da pessoa, por meio "de espionagem e divulgação de fatos íntimos obtidos ilicitamente". Louvando-se nos escólios de Garcia e Arango, leciona a citada magistrada e jurista que o direito à intimidade é o "direito a não ser conhecido em certos aspectos pelos demais. É o direito ao segredo, a que os demais não saibam o que somos ou o que fazemos". Ao discorrer sobre o tema em comento Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro[16] destaca:

> Para nós, a 'intimidade' é a porção mais escondida que alguém pode preservar da ingerência de terceiro e até de sua própria família nos aspectos caracteristicamente pessoais de sua existência. No particular, tem pertinência a observação de Arion Sayão Romita: 'A esfera da intimidade é a interior, a de raio menor: envolve como vimos, os aspectos mais recônditos da vida de certos direitos do trabalhador, aqueles que deseja guardar só para si, isolando-os da intromissão do empregador [...]'.

> Destaque-se, por oportuno, que aqui não está a se olvidar nem a se relegar a segundo plano os valores necessários à preservação do patrimônio e do poder diretivo do empregador, consagrados, respectivamente no art. 1.º, inc. IV, da Constituição da República e no art. 2.º da CLT. Ao contrário, devem eles ser preservados, pois necessários à higidez patrimonial do empresário e ao recomendável equilíbrio entre o capital e o trabalho. Todavia, ao submeter-se a um contrato de trabalho, sob o pálio do controle patronal e da subordinação jurídica (que não deve ser confundida com sujeição pessoal), o empregado não se desveste de sua condição de cidadão, não abdica de seus direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, entre eles o da inviolabilidade da intimidade e o da preservação de sua vida íntima.

> Por outro lado, os princípios norteadores do Direito do Trabalho e, bem assim, do contrato de trabalho, encontram arrimo no princípio da boa-fé, devendo ele sempre ser observado, a fim de que não sejam cometidos abusos e desvios de poder no exercício do poder empregatício. O princípio da irrenunciabilidade, também um dos pilares do direito laboral, não deve se limitar apenas aos direitos trabalhistas stricto sensu; ao contrário, deve se propagar aos direitos fundamentais do cidadão ou cidadã trabalhador(a). E, entre esses direitos, encontra-se o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5.º, X).

> O poder de comando do empregador é definido por Maurício Godinho Delgado[17] como sendo "o conjunto de prerrogativas

Ademais, escapa à razoabilidade entender-se que a proteção à intimidade do trabalhador está afeta, tão somente, ao seu corpo físico.

13. Apud BRITO FILHO, José Cláudio de. Trabalho como redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. Trabalho Escravo Contemporâneo. O desafio de superar a negação. FAVA, Marcos Neves e VELLOSO, Gabriel (Coord). São Paulo: LTr, 2006, p. 135.

14. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

15. BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2009, p. 34/45.

16. RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante. São Paulo: Ltr, 2008, p. 32.

17. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed.2009. São Paulo: LTr. 2009, p. 590

com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços".

O caput do art. 2º da CLT contempla o referido poder, sob uma de suas modalidades, qual seja, o poder diretivo do empregador, prerrogativa que se manifesta mediante o controle, a vigilância e a fiscalização dos empregados.

Não se duvida, porém, como se observou acima, que esse poder encontra limites, inclusive previstos em âmbito constitucional. Com efeito, o Texto Fundamental (art. 5.º, caput, incisos II, LIII, LIV e X) protege a privacidade, a honra e a imagem, impedindo condutas que violem a dignidade da pessoa humana.

Gregório Peces-Barba Martínez[18] leciona:

> *O empresário, em virtude do poder de vigilância e controle de que goza, pode, por si mesmo, levar a cabo sua atividade controladora ou contar com pessoas que em seu nome realizem estas funções. Este controle por meio de trabalhadores-colaboradores do poder diretivo e de controle empresarial não pode ser de tipo policial sobre a conduta dos trabalhadores.* ***A vigilância e controle deverá cingir-se a comprovar o diligente cumprimento pelos trabalhadores de suas obrigações e deveres laborais, ficando proibida toda ingerência mais além deste âmbito*** *(grifamos).*

Dessarte, mesmo que sejam escudados na necessidade de preservação do patrimônio e no poder de comando empresarial (que não é absoluto), autoriza-se afirmar ser defesa a prática de atos que importem em lesão aos direitos da personalidade do empregado.

Alexandre Agra Belmonte[19] pondere sobre o tema:

> *[...] conclui-se que o direito à propriedade do empregador, do qual resulta o poder diretivo, de um lado, e o direito à intimidade do empregado, de outro, têm por limite a dignidade do empregado. Mas ambos precisam, diante das características próprias e especiais das relações de trabalho, ser exercidos conforme as necessidades do serviço, o que justifica a harmonização ou a prevalência diante da máxima operacionalidade, conforme as circunstâncias.*

18. In Curso de derechos fundamentales: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1999, p. 300-302, apud RIBEIRO, Lélia Guimarães Ribeiro. A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante. São Paulo: LTr, 2008, p. 55.

19. BELMONTE, Alexandre Agra. O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2004, vol. 68, n.º 9, p. 1.034/1.035.

Entretanto, com a devida vênia daqueles que perfilham entendimento diverso, ouso externar a compreensão de que o controle da atividade do empregado pelo seu empregador, ou seus prepostos, é, em princípio, legítimo (embora não ilimitado), pois decorre do poder diretivo patronal. Todavia, o que pode acarretar afronta aos direitos fundamentais laborais e, no caso em exame, no direito fundamental à preservação da intimidade, são os meios pelos quais são executados esses controles.

Reafirmo a plena convicção de que a revista em bolsas, sacolas e objetos pessoais dos empregados viola suas respectivas intimidades. Isso porque, bolsas, carteiras, sacolas ou armários podem conter objetos afetos diretamente à intimidade da pessoa. Neles, possivelmente serão encontrados medicamentos, tais como antidepressivos, anticoncepcionais, moderadores de apetites, medicamentos para HIV, para epilepsia, hanseníase e outros. Também podem existir fotos, bilhetes ou presentes de pessoas com as quais esteja se relacionando, peças íntimas, absorventes, enfim, vários objetos ligados à esfera da intimidade da pessoa e que ela não deseja ver expostos ou compartilhados com outros.

Ademais, escapa à razoabilidade entender-se que a proteção à intimidade do trabalhador está afeta, tão somente, ao seu corpo físico. Ela se estende também aos seus objetos e pertences pessoais, muitos dos quais dizem respeito apenas a ele (empregado) ou a ela (empregada).

Não é por demais relembrar que, em sendo o direito à intimidade espécie do gênero direitos da personalidade o disposto no art. 11 do Código Civil ao assegurar que excetuando-se "os casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária". Ora, o ordenamento jurídico trabalhista não contempla a hipótese de violação à intimidade do trabalhador por meio de revista em seus pertences, mesmo porque o princípio da irrenunciabilidade é um dos pilares do Direito do Trabalho.

Mais uma vez socorremo-nos dos ensinamentos de Alice Monteiro de Barros[20] :

> *[...] o legislador ordinário, reconhecendo o poder diretivo, legitima a limitação da esfera de intimidade do empregado, imposta pelas exigências do desenvolvimento da atividade laboral, mas o poder de direção também está sujeito a limites, aliás, inderrogáveis, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional. A dificuldade consiste em estabelecer limites entre o direito à intimidade do trabalhador e o direito de dirigir a atividade do empregado, conferido ao empregador pelo art. 2º da CLT. Aliás, a jurisprudência tem revelado a dificuldade, na prática, de definir até onde esse poder de direção é exercido legitimamente, como boa administração de pessoal, e a partir de quando ele se torna intolerável, por implicar invasão da intimidade dos empregados.*

20. BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2009, p. 73.

Diante das dificuldades para fixação dos limites da intimidade do empregado e do exercício do poder de comando do empregador, a referida jurista sustenta[21]*:*

> *A nosso ver, a revista se justifica, não quando traduza um comodismo do empregador para defender o seu patrimônio, mas* ***quando constitua recurso necessário à satisfação do interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas;*** *essa fiscalização visa a proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda da segurança das pessoas. Não basta a tutela genérica da propriedade, devendo existir circunstâncias concretas que justifiquem a revista; é mister que haja, na empresa, bnes suscetíveis de subtração e ocultação, com valor material, ou que tenham relevância para o funcionamento da atividade empresarial.*
>
> *[...]*
>
> ***A tecnologia também poderá ser utilizada para evitar ou reduzir os efeitos da revista na intimidade dos empregados. A título de exemplo, a colocação de etiquetas magnéticas em livros e roupas torna desnecessária a inspeção em bolsas e sacolas, em estabelecimentos comerciais.***

O empregador é detentor de amplo direito e justificada legitimidade para a proteção do seu patrimônio. Para alcançar esse desiderato poderá utilizar-se de diversos mecanismos, inclusive e principalmente os equipamentos tecnológicos hoje existentes e conhecidos. Poderá valer-se, também, do seu poder de comando para não permitir que empregados ingressem no ambiente de trabalho com bolsas, sacolas ou mochilas, fornecendo local próprio, com armários individuais, onde os trabalhadores possam guardá-los. O que é inconcebível, ética e moralmente injustificável, é que a proteção patrimonial (necessária e legítima, repita-se) ocasione afronta à intimidade dos trabalhadores.

4. A jurisprudência dos Tribunais e o tratamento isonômico da dignidade do consumidor e do trabalhador.

Considerando os princípios e dispositivos constitucionais referidos anteriormente, especialmente os que dizem respeito à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, pode-se afirmar que a dignidade do cidadão trabalhador não é inferior à dignidade do cidadão consumidor.

O saudoso Ministro Humberto Gomes de Barros, do col. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 746.578-RJ (2006/0032760-0), cuja decisão foi publicada em 14/03/2006, ao negar provimento ao apelo destacou:

> *"[...]*
>
> *Além disso, o acórdão recorrido está afinado com nossa jurisprudência. Confira-se a propósito:*
>
> *'RESPONSABILIDADE CIVIL. Loja. Dispositivo de segurança. Mercadoria furtada. Alarme.*
>
> *O soar falso do alarme magnetizado na saída da loja, a indicar o furto de mercadorias do estabelecimento comercial, causa constrangimento ao consumidor, vítima da atenção pública e forçado a mostrar os seus pertences para comprovar o equívoco. Dano moral que deve ser indenizado. Recurso conhecido e provido' (Resp 327.679/ROSADO".*

No mesmo sentido é o posicionamento de diversos Tribunais de Justiça, entre eles o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cuja jurisprudência é pacífica, entendendo que a revista em pertences de consumidores causa constrangimento e viola a intimidade, dando ensejo a indenizações por danos morais[22].

A honra e a dignidade do consumidor, que eventualmente venha a sofrer constrangimento e humilhação e é obrigado a mostrar os seus pertences para comprovar o equívoco do disparo do alarme que indica furto de mercadorias, não podem ser superiores à honra e a dignidade do trabalhador, que, rotineira e ordinariamente, todos os dias, após o término do seu expediente laboral, também é obrigado a mostrar os seus pertences, para provar que não é desonesto e que nada furtou do seu empregador, em flagrante afronta aos princípios da boa-fé e da presunção de inocência.

A concessão de tratamento diferenciado ao cidadão consumidor e ao mesmo cidadão trabalhador poderia ensejar a seguinte situação exdrúxula: ao final do expediente o empregado decide fazer compras no estabelecimento em que trabalha. Após passar pelo caixa e efetuar o pagamento não poderá ter a sua sacola de compras vistoriada, mas, paradoxalmente o empregador, ou seu preposto, poderiam solicitar que exibisse seus pertences pessoais.

21. BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2009, p. 76 e 78.

22. JDFT - 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; ACJ - 2009.01.1.124092-2; Relatora Juíza: Edi Maria Coutinho Bizzi - Julgado em 23/11/2010 e Publicado no DJ em 06/12/2010, p. 452.
TJDFT - 1ª Turma Cível; APC - 20090710323878; Relator: Desembargador Esdras Neves; Revisor: Desembargador Sandoval Oliveira - Julgado em 11/05/2011 e Publicado no DJ em 18/05/2011 p. 73.
TJDFT - 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF; ACJ - 2009.01.1.1764432 - Julgado em 18/01/2011 e Publicado no DJ em 21/01/2011 p. 282.
TJDFT - 1ª Turma Cível; APC - 20060110048489; Relatora Desembargadora Vera Andrighi - Julgado em 24/03/2010 e Publicado no DJ em 13/04/2010, p. 88.
TJDFT -1ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF; ACJ - 20101160013654; Relatora: Desembargadora Rita de Cássia de Cerqueira Lima Rocha - Julgado em 18/01/2011 e Publicado no DJ em 03/02/2011, p. 270.
TJDFT - 1ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF; ACJ - 20040110854748; Relatora: Desembargadora Leila Arlanch - Julgado em 03/05/2005 e Publicado no DJ em 1.º/8/2005, p. 77.
TJDFT - 2ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF; ACJ - 20070710328549; Relator: Desembargadora: Leonor Aguena - Julgado em 31/08/2010 e Publicado no DJ em 16/09/2010, p. 206.

Sem embargo da significativa corrente jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que a revista ou pedido de exibição de pertences pessoais não se constitui em afronta à dignidade da pessoa humana e encontra guarida no poder de comando empresarial[23], ainda assim, diante das razões expostas, e, com a devida vênia dos eminentes integrantes dessa corrente, entendo que a revista diária e rotineira em bolsas, pastas, mochilas, sacolas e similares, de propriedade de empregados e empregadas, contendo objetos pessoais, caracteriza afronta ao direito de não violação da intimidade, consoante garantia insculpida no art. 5.º, inc. X, da Constituição Federal.

Nesse sentido é a recente decisão do col. Tribunal Superior do Trabalho, por meio de sua eg. Terceira Turma, quando do julgamento do AIRR - 1055-28.2011.5.05.0101, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, cuja ementa do acórdão foi publicada no DEJT de 08/11/2013, verbis:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REVISTA EM BOLSAS, SACOLAS E ROUPAS DO EMPREGADO. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. O poder empregatício engloba o poder fiscalizatório (ou poder de controle), entendido este como o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência e outras providências correlatas são manifestações do poder de controle. Por outro lado, tal poder empresarial não é dotado de caráter absoluto, na medida em que há em nosso ordenamento jurídico uma série de princípios limitadores da atuação do controle empregatício. Nesse sentido, é inquestionável que a Constituição Federal de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias que agridam a liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador, que se chocam, frontalmente, com os princípios constitucionais tendentes a assegurar um Estado Democrático de Direito e outras regras impositivas inseridas na Constituição, tais como a da "inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" (art. 5º, caput), a de que "ninguém será submetido (...) a tratamento desumano e degradante" (art. 5º, III) e a regra geral que declara "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, X). Todas essas regras criam uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias no contexto empregatício, colocando na ilegalidade medidas que venham cercear a liberdade, a dignidade e a intimidade do trabalhador. Há, mesmo na lei, proibição de revistas íntimas a trabalhadoras - regra que, evidentemente, no que for equânime, também se estende aos empregados, por força do art. 5º, caput e I, CF/88 (Art. 373-A, VII, CLT). Nesse contexto, e sob uma interpretação sistemática e razoável dos preceitos legais e constitucionais aplicáveis à hipótese, a revista íntima, por se tratar de exposição contínua do empregado a situação constrangedora no ambiente de trabalho - que limita sua liberdade e agride sua dignidade, intimidade e imagem -, caracteriza, por si só, a extrapolação daqueles limites impostos ao poder fiscalizatório empresarial, mormente quando o empregador possui outras formas de, no caso concreto, proteger seu patrimônio contra possíveis violações. Nesse sentido, as empresas têm plenas condições de utilizar outros instrumentos eficazes de controle de seus produtos, como câmeras de filmagens. Tais procedimentos inibem e evitam a violação do patrimônio da empresa e, ao mesmo tempo, preservam a honra e a imagem do trabalhador. No presente caso, o TRT consignou a ocorrência de "revista pública, submetendo-a a uma situação vexatória e constrangedora." Assim, ainda que não tenha havido contato físico, a revista nos pertences da obreira implicou exposição indevida da sua intimidade, razão pela qual ela faz jus a uma indenização por danos morais. Em relação ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais (R$ 8.000,00), o TRT pautou-se em parâmetros compatíveis, sopesando vários elementos convergentes, tais como a intensidade do sofrimento, a gravidade da lesão, o grau de culpa do ofensor e a sua condição econômica, o não enriquecimento indevido da vítima e o caráter pedagógico da medida, não se configurando a violação aos dispositivos apontados ou a necessidade de redução do valor. Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido".*

Também a eg. Sexta Turma do col. Tribunal Superior do Trabalho, quando do julgamento do RECURSO DE REVISTA 21460000-64.2006.5.09.0028, cuja ementa do acórdão foi publicada no DEJT de 20/5/2011, assim entendeu:

> *"RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REVISTA EM BOLSAS. CONFIGURAÇÃO. Se é induvidoso que a bolsa portada pela empregada é uma expressão de sua intimidade, um locus em que se guardam os seus guardados íntimos, o tratamento a ela dispensado deve ser, rigorosamente, aquele mesmo que se dispensa à bolsa da cliente da loja, ou das transeuntes, enfim. O poder empresarial não pode menos cabar o balizamento constitucional no âmbito da relação de emprego. No caso em apreço, a revista dos pertences da empregada caracteriza dano moral, dando ensejo à indenização vindicada. Recurso de revista não conhecido."*

Por guardar grande pertinência com a posição ora defendida, transcrevo, a seguir, fração do voto do Relator do referido Recurso de Revista, o Exmo. Ministro Augusto César Leite de Carvalho:

23. RR - 28400-15.2009.5.05.0464 Data de Julgamento: 02/10/2013, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/10/2013.
RR - 7667-91.2011.5.12.0034 Data de Julgamento: 26/06/2013, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/08/2013.
RR-879100-86.2008.5.09.0010, 8ª Turma, Rel. Min.ª Dora Maria da Costa, DEJT de 24/08/2012.
E-RR-306140-53.2003.5.09.0015, SBDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT de 04/05/2012.
RR-626/2006-403-04-00.0, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Melo Filho, DJ de 24/10/2008.
E-RR-615.854/99, SBDI-1, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ de 19/10/2007.

"1. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REVISTA EM BOLSAS. CONFIGURAÇÃO.

[...]

O cerne da controvérsia gira em torno da condenação ao pagamento de indenização por dano moral em razão da revista na bolsa dos empregados, ou seja, a análise está adstrita à verificação do procedimento adotado pela reclamada como dano moral, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal.

Na lição do Exmo. Ministro Walmir Oliveira da Costa, revela-se o seguinte conceito:

- o dano moral é aquele que atinge o ser humano em seus valores mais íntimos, causando-lhe lesões em seu patrimônio imaterial, como a honra, a boa-fama, a dignidade, o nome etc., bens esses que, em sua essência, isto é, considerados em si mesmos (do ponto de vista ontológico), não são suscetíveis de aferição econômica, mas sim, seus efeitos ou reflexos na esfera lesada. O dano material, ao contrário, lesa bens corpóreos que são suscetíveis de valoração pecuniária - (in Dano Moral nas relações laborais. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2008, p.33).

O art. 5º, I, da CRFB/88, inaugura o elenco de direitos fundamentais consagrados que - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição-. Por sua vez, o inciso X do mesmo artigo prescreve serem - invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação -.

A seu turno, o art. 373-A, inciso VI, da CLT, veda ao empregador ou preposto proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Caberia a indagação: ao proteger apenas as mulheres das revistas íntimas, estaria o preceito da CLT a estabelecer prerrogativas em favor das mulheres, a violar a igualdade de gênero estatuída no texto constitucional? A resposta a essa questão é evidentemente negativa, pois o legislador ordinário protegeu somente a mulher trabalhadora pela singela razão de ela ser o segmento dos empregados que se submete, em realidade, ao vexame ou constrangimento da revista íntima.

A bem ver, a expressão revista íntima deve ser interpretada em absoluta consonância com o art. 5º, X, da Carta Política, seja em razão de a norma constitucional divisar os fundamentos substanciais de validade de todo o sistema jurídico; seja em virtude de se estar a proteger, em última análise, a intimidade da mulher trabalhadora; seja, enfim, porque aos direitos fundamentais deve ser assegurada sempre a sua máxima efetividade.

Restringir a aplicação do preceito da CLT às hipóteses em que se desnuda ou se toca o corpo significaria, com vênia, reduzir a mulher a uma de sua muitas expressões, como se o direito à preservação de sua intimidade não pudesse resguardar outros hemisférios de seu mundo real ou sensível que gozam de absoluta privacidade. A bolsa da mulher - sem discriminação da mulher trabalhadora - é dela uma extensão, o seu recôndito, o lugar indevassável onde se guardam os objetos de apreço pessoal, que só a ela cabe revelar. As regras de trato social, por todos conhecidas, bem dizem da inviolabilidade das bolsas de uso feminino, enquanto assim se apresentam.

Se é induvidoso que a bolsa portada pela empregada é uma expressão de sua intimidade, um locus em que se guardam os seus guardados íntimos, o tratamento a ela dispensado deve ser, rigorosamente, aquele mesmo que se dispensa à bolsa da cliente da loja, ou das transeuntes, enfim. O poder empresarial não pode menoscabar o balizamento constitucional no âmbito da relação de emprego, por óbvio.

Que os empregadores se previnam instalando portas de detecção de metal ou etiquetas, como agem no tocante aos(às) consumidores(as). A empregada, por sê-lo, não cria, para eles, uma esfera de imunidade, infensa aos dever de respeitar o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à dignidade e à imagem das pessoas.

Não custa lembrar, em respeito à máxima Kantiana, que a dignidade é um atributo de quem não tem preço e, sendo imanente assim é um atributo de que não tem preço e, sendo imanente assim ao homem e à mulher, únicos seres dotados de razão e vontade, impede que sejam eles tratados como meio ou instrumento, sendo-lhes sempre garantido o direito de serem regidos por condutas ou normas que os compreendam como um fim.

Ao revisar e expor, dia após dia, o que guardava a empregada em sua bolsa particular, a empregadora a tratou como se ali estivesse apenas um ente animado que prestava serviço e se incluía entre aqueles que estariam aptos a furtar mercadorias de sua loja, diferenciando-se nessa medida. Deixava-a vexada, assim em público e despudoradamente, como se manejasse um objeto; longe estava de considerá-la em sua dimensão humana.

No caso em apreço, a revista dos pertences da empregada caracteriza dano moral, dando ensejo à indenização vindicada.

Por essas razões, não configuradas as violações apontadas".

No âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho a matéria também tem sido objeto de jurisprudência controvertida.

A jurisprudência que predominava no TRT da 10ª Região[24], caminhava no sentido de que a inspeção em bolsas, sacolas e demais pertences dos empregados e empregadas, desde que efetuada com razoabilidade, de forma moderada e sem abusos, não afronta

24. 23 ROPS 01115-2008-103-10-00-0. Redator Designado: Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran, publicado em 15/8/2008; RO 0642-2008-003-10- 00-9, 3.ª Turma, Redator: Desembargador Braz Henriques de Oliveira, DEJT de 30/04/2009.

ou viola a intimidade do trabalhador e, portanto, não dá ensejo a nenhuma reparação por dano moral.

Entretanto, a partir do ano de 2012, a jurisprudência evoluiu em sentido contrário ao entendimento até então majoritário. Neste sentido a ementa a seguir transcrita, emanada da Col. Segunda Turma daquela Corte:

" [...]

3. REVISTA A BOLSAS DE EMPREGADAS E EMPREGADOS. DIREITO À INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. (CRFB, ART. 1.º, INC. III, E ART.5.º, INC. X). PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. TRATAMENTO ISONÔMICO DA HONRA E DA DIGNIDADE DO CONSUMIDOR E DO TRABALHADOR. Os princípios constitucionais de inviolabilidade da intimidade e da garantia da dignidade da pessoa humana, bem como os pilares norteadores do Direito do Trabalho e, bem assim, do princípio da boa-fé devem sempre ser observados, a fim de que não sejam cometidos abusos e desvios de poder no exercício do poder empregatício. Dessarte, é defesa a prática de atos que importem em lesão aos direitos da personalidade do empregado. Portanto, a revista diária e rotineira em bolsas, pastas, mochilas, sacolas e similares, de propriedade de empregados e empregadas, contendo objetos pessoais, caracteriza afronta ao direito de não violação da intimidade, consoante garantia insculpida no art. 5.º, inc. X, da Constituição Federal. Sinale-se, outrossim, que a jurisprudência majoritária do Col. Superior Tribunal de Justiça e de diversos Tribunais de Justiça do país é pacífica no sentido de que há afronta à honra e à dignidade do consumidor que eventualmente venha a sofrer constrangimento e humilhação em vista de ser obrigado a mostrar os seus pertences para comprovar o equívoco do disparo do alarme que indica furto de mercadorias. Ora, a honra e a dignidade do consumidor não podem ser superiores à honra e a dignidade do trabalhador, que, rotineira e ordinariamente, todos os dias, após o término do seu expediente laboral, também é obrigado a exibir, para fiscais do mesmo sexo e do sexo oposto, seus pertences e objetos pessoais a fim de provar que não é desonesto e que nada furtou do seu empregador, em flagrante afronta aos princípios da boa-fé e da presunção de inocência".

(TRT da 10ª Região – RO nº 00236-2013-018-10-00-2 - 2ª Turma – Relator Desembargador Brasilino Santos Ramos – Publicado no DEJT de 11/10/2013).

No mesmo sentido a decisão proferida em Ação Civil Púlica ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, nos autos do Processo 00879-2010-017-10-00-7, também julgado pela col. Segunda Turma, sendo Relator o Desembargador Brasilino Santos Ramos, cuja ementa foi publicada no DEJT nº 30, de 16/02/2012.

O Tribunal Regional do Trabalho do Paraná (9ª Região), por meio de sua Col. Segunda Turma, em processo da relatoria da Desembargadora Marlene T. Fuverski Suguimatsu, também se posicionou sobre o tema:

DANO MORAL. REVISTA. EM BOLSAS OU SACOLAS. CONSTRANGIMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. INDENIZAÇÃO. AVALIAÇÃO. RAZOABILIDADE. A CLT, quando trata da Proteção ao Trabalho da Mulher, expressamente proíbe as revistas pessoais, como se extrai do art. 373-A, VI. Entende-se por "revistas íntimas" não só o toque físico na pessoa da empregada mas também toda e qualquer revista a seus pertences, em bolsas ou mesmo em armários em que costuma guardar seus objetos pessoais, no local de trabalho. Mesmo quando ocorrem sem contato físico, as revistas provocam grande constrangimento e se revestem de profunda gravidade, pois além de denotar desconfiança pelo empregador, inibem mais seriamente a empregada, que não dispõe de meios de recusa no ambiente onde prepondera o poder do empregador. Essa submissão não se justifica sequer pela preocupação em proteger o patrimônio, já que se faz ao arrepio de qualquer consideração por sentimentos e valores íntimos do trabalhador. Recurso a que se nega provimento.

(TRT-PR-02436-2005-411-09-00-3-ACO-30676-2008 – 2ª TURMA. Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU. Publicado no DJPR em 29-08-2008)

5. Conclusão.

O Estado Constitucional não mais comporta meros anúncios dos direitos fundamentais, entre eles o respeito à dignidade da pessoa humana, mas exige a efetivação, concretização e a realização desses direitos, eis que no Estado Democrático, a dignidade do ser humano se encontra no mais alto degrau da pirâmide da axiologia jurídica, e dela emanam todos os demais direitos fundamentais.

A Constituição da República estabelece entre seus princípios fundamentais (art. 1º, incisos III e IV), a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O implemento de cada um desses princípios não exclui os demais.

O poder de comando empresarial, mediante seu poder diretivo (CLT, art. 2º), oriundo da garantia constitucional do princípio da livre iniciativa, consagra a prerrogativa do controle, da vigilância e da fiscalização do ambiente de trabalho, inclusive no sentido de proteger e preservar o patrimônio do empregador. Entretanto esse poder diretivo e fiscalizador só se legitima e encontra guarida no ordenamento jurídico mediante a observância da preservação da privacidade, da honra e da imagem dos trabalhadores e trabalhadoras, diante dos limites assegurados na Constituição da República (art. 5.º, caput, incisos II, LIII, LIV e X). A proteção e a preservação do patrimônio empresarial pode e deve ser objeto de mecanismos pró-

prios e adequados, sem a necessidade de se proceder à vexatória vistoria em pertences pessoais tanto dos consumidores quanto dos trabalhadores e trabalhadoras. Não há hierarquia entre a dignidade e a cidadania deles. Trabalhadores e consumidores devem ser tratados com o mesmo respeito.

Por outro lado, não é razoável entender-se que a proteção à intimidade do trabalhador e da trabalhadora se limita, tão somente, ao corpo físico. Não há como negar que ela é extensiva aos seus pertences pessoais contidos em bolsas, mochilas, sacolas, pastas, etc.

Com o devido respeito aos que entendem de forma diversa e, diante das razões expostas, entendo que a revista diária e rotineira em bolsas, pastas, mochilas, sacolas e similares, de propriedade de empregados e empregadas, contendo objetos pessoais, além de afrontar os princípios da boa-fé e da presunção de inocência, caracteriza, também, afronta ao direito de não violação da intimidade, consoante garantia insculpida no art. 5.º, inc. X, da Constituição Federal.

6. Bibliografia.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, vol. 68, n.º 9.

BOMFIM, Benedito Calheiros. **Inefetividade de Direitos Constitucionais do Trabalhador**. Revista Synthesis, n. 47/08, São Paulo: 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Constitucionalismo Social e Democracia participativa**. Disponível em http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-234s.pdf. Acesso em: 6 set. 2011.

BRITO FILHO, José Cláudio de. **Trabalho como redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana**. Trabalho Escravo Contemporâneo. O desafio de superar a negação. FAVA, Marcos Neves e VELLOSO, Gabriel (Coord). São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed.2009. São Paulo: LTr. 2009.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MENEZES, Cláudio Armando Couce et al. **Direitos Humanos e Fundamentais, or princípios da progressividade, da irreversibilidade e da não regressividade social em um contexto de crise**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, v. 42, n. 83, jul./dez.2009.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos Fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. **A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante.** São Paulo: Ltr, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. **Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais.** Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 20, n.3, jul.-set/1966.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso3.htm - acesso em 17/09/2013.

O TRABALHO INFANTIL E A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Juíza Débora Wust de Proença[1]
TRT 15ª Região

RESUMO

O trabalho infantil é proibido mas produz consequências jurídicas, logo, deve ser reconhecido em sua totalidade para que seja expressão do princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, inclusive no que diz respeito aos direitos previdenciários. Nulidades de Direito Civil inaplicáveis. Obrigação do empregador de proceder a anotação em CTPS e de efetuar os recolhimentos previdenciários, com a consequente obrigação da autarquia no reconhecimento do vínculo empregatício.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho infantil. Consequências jurídicas. Princípios constitucionais. Nulidades. Obrigações do empregador. Recolhimento previdenciário. INSS.

> *Todo o povo que atinge um certo grau de desenvolvimento se sente naturalmente inclinado à prática da educação. Ela é o princípio por meio do qual a comunidade humana conserva e transmite a sua peculiaridade física e espiritual. Com a mudança das coisas, mudam os indivíduos; o tipo permanece o mesmo. Homens e animais, na sua qualidade de seres físicos, consolidam a sua espécie pela procriação natural. Só o Homem, porém, consegue conservar e propagar a sua forma de existência social e espiritual por meio das forças pelas quais a criou, quer dizer, por meio da vontade consciente e da razão. (JAEGER, 2ª edição, p. 3).*

1. Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 15ª Região

É sob o enfoque da educação que inicio estas breves notas sobre o trabalho infantil para, adiante, apontar uma das consequências nefastas da sua falta na formação do indivíduo. O mesmo escritor mencionado diz que, para os gregos, a educação pertence à comunidade e que a sociedade assenta-se nas leis e normas escritas e não escritas, logo, "toda a educação é assim o resultado da consciência viva duma norma que rege uma comunidade humana, quer se trate da família, duma classe ou duma profissão, quer se trate dum agregado mais vasto, como um grupo étnico ou um Estado." (JAEGER, 2ª edição, p. 4).

O indivíduo submetido ao processo de educação (e entenda-se aqui a educação em seus aspectos mais abrangentes) percebe melhor sua realidade e a do outro pois o outro passa a ser alguém como ele; o indivíduo educado – complete-se: instruído – serve-se do instrumento das palavras, que formam frases, que compreendem uma ideia e que consegue se entender e exprimir-se. A educação dá instrumentos ao indivíduos para "operacionalizar" a vida.

A insensibilidade que provém da falta de educação (entenda-se-a desde a formação no lar) impede que haja empatia e o outro, no caso o menor, é a vítima multiplicada porque, dada sua fragilidade, inexperiência e desamparo, submete-se ante a necessidade pelo medo.

Sabe-se que no Brasil somente há pouco mais de cem anos a criança trabalhadora passou a ser objeto de proteção legal pelo Decreto nº 1.313, de 17 de janeiro de 1891, que proibiu o trabalho de crianças com idade inferior a doze anos em fábricas do Distrito Federal, proibiu o labor em atividades insalubres e perigosas, estipulou limites de jornada e autorizou a aprendizagem a partir dos oito anos nas fábricas de tecidos. Depois vieram o Decreto nº 22.042, de 3 de novembro de 1932, a Constituição de 1934, o Decreto-Lei nº 3.616, de 1941, a Consolidação das Leis do Trabalho, a Constituição de 1946, a Constituição de 1967, a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Emenda Constitucional nº 20 e os tratados internacionais aprovados pelo Brasil, em especial as Convenções nºs 138 (complementada pela Recomendação nº 146) e 182 da Organização Internacional do Trabalho.

Assim, se a norma é o resultado da consciência viva, por certo antes de 17 de janeiro de 1891 não havia educação ou pensamento social de que a criança brasileira era merecedora de amparo e proteção trabalhista. Note-se que nos dias atuais ainda encontramos adultos que não têm essa consciência pela própria falta de educação o que os leva, na maior parte das vezes, à repetição do modelo, como demonstrado na animação "Vida Maria".

Para a Organização Internacional do Trabalho o trabalho infantil deve ser abolido e o País-Membro deve elevar a idade mínima

de admissão a emprego ou a trabalho. Preocupou-se, ainda, em descrever as piores formas de trabalho infantil, a saber: todas as formas de escravidão ou práticas a ela análogas, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas, a utilização, bem como para a realização de atividades ilícitas e o trabalho suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças.

É de conhecimento que há vários fatores que levam a criança (até doze anos incompletos) e o adolescente (entre doze e dezoito anos, assim considerados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente) para o mercado de trabalho – entre os quais a pobreza e a precarização das relações laborais – mas, no meu sentir, os dois principais são a falta de educação e a desagregação familiar. Na maior parte das vezes, esse mercado de trabalho é informal e a informalidade conduz à negação de direitos.

A utilização da mão de obra infantil traduz uma das formas de exploração do trabalho humano e vem sendo combatida por órgãos internacionais e nacionais. É sabido que o trabalho em tenra idade provoca danos de ordem fisiológica, moral, cultural, psicológica, de segurança, de salubridade e outros, retirando da criança e do adolescente o direito à vida, à saúde, à educação, à cultura, ao lazer, à profissionalização, à convivência familiar, ao tempo de ser criança e tanto mais.

Atualmente, o inc.XXXIII do art.7º da Constituição Federal proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendizes, a partir de 14 anos.

Pois bem, como ficam os direitos do trabalhador com idade inferior ao permitido constitucionalmente? Seus direitos substanciais estão garantidos, não há dúvida. À perversidade do trabalho infantil proibido não se podem aliar as nulidades do Direito Civil para prejudicá-lo. Trata-se de trabalho proibido, logo, tem de haver a proteção do trabalhador infantil, por conta do trato sucessivo do contrato, da impossibilidade de restituição da força de trabalho do empregado e para impedir o enriquecimento ilícito do empregador. Neste compasso, há de se reconhecer a nulidade do contrato de trabalho em desfavor do empregador, por conta da proibição legal, fazendo-o cessar imediatamente, preservando-se os efeitos já produzidos.

Mauricio Godinho Delgado, tratando dos vícios e defeitos do contrato de trabalho, escreve sobre a

> *Aplicação Plena da Teoria Trabalhista – Há algumas situações comuns que ensejam a plena aplicação da teoria justrabalhista de nulidades (afastando-se, pois, por inteiro, a clássica teoria do Direito Civil). Ilustrativamente, o defeito concernente ao elemento fático-jurídico da capacidade. Tratando-se de trabalho empregatício prestado por menor de 16 anos (ou 14, antes da EC n.20, de 15.12.98), cabe o reconhecimento de todos os efeitos justrabalhistas ao contrato irregularmente celebrado. (DELGADO, 2004, p. 508/509).*

O Tribunal Superior do Trabalho já reconheceu o vínculo empregatício de menores trabalhadores em idade inferior ao permitido legalmente como, por exemplo, no julgamento do recurso de revista da reclamação trabalhista nº 132900-07.2006.5.12.0024 (menor com 15 anos de idade, não aprendiz, que sofreu acidente do trabalho).

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região também assim já decidiu, conforme ementa abaixo, apesar de haver outro julgado que assim não o fez por haver entendido que não há fundamento jurídico para o reconhecimento do vínculo empregatício (em primeira instância) e pela "... falta de elemento formal 'capacidade das partes', que confere validade à relação empregatícia, conduz à improcedência do pleito de reconhecimento de liame de emprego" (em segunda instância, Proc.nº 0000416-75.2012.5.15.0075):

EXPLORAÇÃO DE TRABALHO INFANTIL. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA DO EXPLORADO. É vedado o trabalho noturno, insalubre, perigoso e penoso a quem não completou dezoito e qualquer trabalho antes dos dezesseis, exceto na condição de aprendiz, a partir dos catorze anos de idade (CF, art. 7º, XXXIII; arts. 402, 403, 404 e 405 da CLT; art. 67, I e II do ECA). A contratação irregular de adolescente com 15 anos de idade por empresa interposta, para trabalho noturno de coleta de aves, em benefício de frigorífico que as abate e comercializa, é passível de gerar vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços (Súmula 331, I, do C. TST). No caso, sendo patente a inidoneidade econômico-financeira da terceirizada, que nem sequer formalizou a contratação do adolescente, o mínimo que se pode fazer é manter a responsabilidade solidária do frigorífico que se beneficiou dos serviços prestados, ante a impossibilidade de reformatio in pejus. Prestigia-se, assim, a proteção integral e prioritária (princípios consagrados no artigo 227 da CF/88; art. 1º e ss. do ECA) que deve ser devotada a crianças, adolescentes e jovens, uma vez que, neste caso, a família, a sociedade e o Estado já falharam no cumprimento de sua missão. Recurso ordinário a que, no particular, se nega provimento. (Proc. nº 0000298-18.2010.5.15.0060, julgamento disponível em 31/10/2012, Juiz Relator José Roberto Dantas Oliva).

Outros Tribunais Regionais já reconheceram o vínculo empregatício do menor de 16, não aprendiz, atribuindo-lhe todos os direitos trabalhistas como, por exemplo, TRT da 3ª Região: Proc.nº 0116200-41.2008.5.03.0151 e Proc.nº 0082200-67.2005.5.03.0006, TRT da 4ª Região: Proc.nº 0021900-47.1994.5.04.0411, TRT da 5ª Região: Proc.nº 0000464-63.2011.5.05.0005, TRT da 6ª Região: Proc.nº 0000435-44.2013.5.06.0351, TRT da 8ª Região: Proc.nº 0083100-11.2007.5.08.0113, TRT da 9ª Região: Proc.nº 0001913-85.2011.5.09.0024 e TRT da 12ª Região: Proc.nº 0002556-41.2012.5.12.0051.

Mas, como fica a situação desse menor trabalhador infantil perante a Previdência Social (não aprendiz e com idade inferior a 16 anos) ? Trocando em miúdos, ele terá ou não algum direito previdenciário ? A resposta é positiva. Terá, sim, todos os direitos previdenciários, inclusive anotação de contrato de trabalho em Carteira de Trabalho e Previdência Social (art.29 da Consolidação das Leis do Trabalho). Todavia, em primeiro lugar, observe-se que os arts.14 e 13 das Leis nºs 8.212 e 8.213, respectivamente, ambas de 24 de julho de 1991, fixam a idade de 14 anos para a filiação como segurado facultativo e o § 2º art.18 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, dispõe que a filiação ao Regime Geral da Previdência Social dar-se-á a partir de 16 anos, ou seja, tais normas não tiveram suas redações adequadas à Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

Estas inadequações não retiram os direitos do menor trabalhador infantil, porque, comprovada a prestação laboral nos termos dos arts.2º e 3º da CLT, configura-se o vínculo empregatício e o fato gerador do tributo à seguridade social, nos termos do inc.I do art.195 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu neste sentido:

TRABALHADOR RURAL OU RURÍCULA MENOR DE QUATORZE ANOS. Contagem de tempo de serviço. Art.11, VII, da Lei 8.213. Possibilidade. Precedentes. Alegação de violação aos arts.5º, XXXVI; e 97, da CF/1988. Improcedente. Impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas. Tratamento similar na doutrina do direito comparado: México, Alemanha, França e Itália. Norma de garantia do trabalhador que não se interpreta em seu detrimento. Acórdão do STJ em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Precedentes citados: AI 105.794-AgR, Segunda Turma, Rel.Aldir Passarinho, DJ de 2-5-1986; e RE 104.654, Segunda Turma, Rel.Francisco Rezek, DJ de 25-4-1986. (AI 529.694, Rel.Min.Gilmar Mendes, julgamento em 15-2-2005, Segunda Turma, DJ de 11-3-2005).

RE 600616 AgR / RS – RIO GRANDE DO SUL
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator: Min.ROBERTO BARROSO
Julgamento: 26/08/2014 – Órgão Julgador: Primeira Turma
Publicação Acórdão Eletrônico: DJE-175, divulgado 09-09-2014, publicado 10-09-2014
AGTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : KERLIN JOCASTA LUGAREZI
ADV.(A/S) : LINONROSE SCARAVONATTO
EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. MENOR DE 16 ANOS DE IDADE. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. ART. 7º, XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA PROTETIVA QUE NÃO PODE PRIVAR DIREITOS. PRECEDENTES. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o art. 7º, XXXIII, da Constituição "não pode ser interpretado em prejuízo da criança ou adolescente que exerce atividade laboral, haja vista que a regra constitucional foi criada para a proteção e defesa dos trabalhadores, não podendo ser utilizada para privá-los dos seus direitos" (RE 537.040, Rel. Min. Dias Toffoli). Agravo regimental a que se nega provimento.

Decisão

A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 26.8.2014.

Com base no art.90 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 6 de agosto de 2010, a própria autarquia previdenciária admite a contagem do tempo de contribuição abaixo do limite legalmente permitido para o trabalho, desde que comprovada a atividade mediante documento contemporâneo em nome do segurado, que no caso é menor trabalhador infantil.

Leve-se em conta que não haverá afronta ao sistema atuarial porque o financiamento da seguridade social, o caráter contributivo e o custeio de benefício estarão preservados, haja vista que decorrerão do reconhecimento judicial do vínculo empregatício e serão de competência única do empregador, tanto a parte dele próprio quanto a do empregado, uma vez que se omitiu em época própria (letra "a" do inc.I do art.195 da CF c/c arts.78 e 106 da Instrução Normativa-RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009). Ademais, o empregador não poderá alegar desconhecimento da lei (art.3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e para relembrar, a limitação de idade para a contratação é imposta em benefício do menor e jamais em seu desfavor. Tanto isto é verdade que o art.243 do Código de Processo Civil não admite o requerimento de nulidade pela parte que lhe deu causa.

Tudo isto com base nos princípios constitucionais da universalidade da cobertura da Se-

guridade Social (inc.I do § único do art.194), da proteção integral especial (§3º do art.227) e da dignidade da pessoa humana (inc.III do art.1º c/c caput do art.227), especialmente direcionados à criança e ao adolescente (SARLET, 2006, p. 62).

É preciso que se diga que há entendimento doutrinário contrário como, por exemplo, o de Wladimir Novaes Martinez, expresso em seu Curso de Direito Previdenciário, p. 345, em razão da falta de capacidade do trabalhador infantil.

Por fim, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça admitindo o tempo de serviço de trabalhador rural menor de 14 anos para fins de aposentadoria:

> PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO – TRABALHADOR RURAL – MENOR DE 14 ANOS – ART.7º, INC. XXXIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – TRABALHO REALIZADO EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR – COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DE DE DOCUMENTOS DO PAI DO AUTOR.
>
> - Divergência jurisprudencial demonstrada. Entendimento do artigo 255 e parágrafos, do Regimento Interno desta Corte.
> - A norma constitucional insculpida no artigo 7º, inciso XXXIII da Constituição Federal, tem caráter protecionista, visando coibir o trabalho infantil, não podendo servir, porém, de restrição aos direitos do trabalhador no que concerne à contagem de tempo de serviço para fins previdenciários. Tendo sido o trabalho realizado pelo menor a partir de 12 anos de idade, há que se reconhecer o período comprovado para fins de aposentadoria.
> - É entendimento firmado neste Tribunal que as atividades desenvolvidas em regime de economia familiar, podem ser comprovadas através de documentos em nome do pai de família, que conta com a colaboração efetiva da esposa e filhos no trabalho rural.
> - Recurso do segurado, conhecido e provido.
> - PREVIDENCIÁRIO – RECURSO ESPECIAL – RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL – REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR – INÍCIO DE PROVA MATERIAL – DOCUMENTOS EM NOME DO PAI DO SEGURADO.
> - É entendimento firmado neste Tribunal que as atividades desenvolvidas em regime de economia familiar, podem ser comprovadas através de documentos em nome do pai de família, que conta com a colaboração efetiva da esposa e filhos no trabalho rural.
> - Em consonância com o art.143, inciso II, da Lei 8.213/91, para fins de reconhecimento de tempo de serviço rural, a comprovação do período de carência não representa óbice para a concessão do benefício previdenciário.
> - Precedentes deste Corte.
> - Recurso do INSS conhecido, mas desprovido.
>
> **Acórdão**
>
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs.Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso interposto por Jorge Franklin da Costa Araújo e lhe dar provimento e conhecer do recurso do INSS, mas lhe negar provimento. Votaram com o Sr.Ministro Relator os Srs.Ministros LAURITA VAZ, JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, FELIZ FISCHER e GILSON DIPP. (Resp 541103/RS, 2003/0100696-7, Min. Rel.Jorge Scartezzinni, publicação DJ em 1/7/2004, p.260).

Para terminar, "libertar a criança das sensações de medo é o primeiro passo no caminho da sua educação para a valentia" (JAEGER, 2ª edição, p. 1272).

Conclusão, deve-se combater o trabalho infantil para que ele desapareça definitivamente mas, em assim não sendo, é imperativo que se proteja o menor trabalhador infantil de maneira integral e absoluta.

CHILD LABOR AND SOCIAL SECURITY

SUMMARY

Child labor is prohibited but produces legal consequences, so should be recognized in its entirety to be the expression of constitutional principle of full protection of children and adolescents, including with respect to social security rights. Unenforceable nullity of Civil Law. Obligation of the employer to carry out annotation CTPS and make the compulsory social security, with the consequent obligation of the INSS in recognition of employment.

KEY-WORDS: *Child labor. Legal consequences. Constitutional principles. Nullities. Obligations of the employer. Social security contribution. INSS.*

Referências

CASTRO, Alberto Pereira de Castro e LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

JAEGER, Werner. **Paideia**. São Paulo: Ed.Herder, 2ª edição.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

TEIXEIRA, Marcelo Tolomei. Os efeitos da nulidade do contrato de trabalho por conta da idade mínima para o trabalho e por demais questões do trabalho do menor. Publicado em **"Criança, Adolescente, Trabalho"** organizado por Andrea Saint Pastous Nocchi, Gabriel Napoleão Velloso e Marcos Neves Fava. São Paulo: LTr, 2010.

A FUNÇÃO REVISORA DOS TRIBUNAIS: *Quid juris*?

Juiz Fábio Rodrigues Gomes[1]
Juíza Roberta Ferme Sivolella[2]
TRT 1ª Região

RESUMO

O presente artigo pretende aprofundar as reflexões acerca da função revisora dos Tribunais no Brasil e no mundo, em seus aspectos pragmáticos, consequencialistas e principiológicos. A partir da análise do papel do Juiz- de primeiro e segundo grau- faz-se necessário refletir sobre a necessidade de uma mudança de postura, face às vantagens e desvantagens de um conceito amplo do duplo grau de jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE:Função Revisora dos Tribunais- Duplo Grau de Jurisdição-Ponderação de Valores- Justiça Real e Efetividade

ABSTRACT

This article seeks to deepen reflections on the role of reviewer Courts in Brazil and around the world, in its pragmatic and consequentialist aspects, and based to principles. From the analysis of the role of Judge- concerning to first and second instances- it is necessary to reflect on the need for a change in posture, given the advantages and disadvantages of a broad concept of double jurisdiction.

KEYWORD: *The court's reviewer function - Two-tier of judicial authority - Weighting values of Real Justice and Effectiveness*

1. Juiz Titular da 41ª VT/RJ. Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. Professor da UCAM e do Grupo de Estudos Ratio Juris. Diretor Cultural da Amatra 1 (RJ).
2. Juiza Substituta do TRT da 1ª Região. Mestre e Doutora em Direitos Sociais pela UCLM-Universidad Castilla La Mancha. Diretora de Imprensa e Comunicação da Amatra 1 (RJ).

SUMÁRIO

I- INTRODUÇÃO

II-O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO SEGUNDO O STF E O TST

III-A DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: AS VANTAGENS E DESVANTAGENS SUBJACENTES

IV- A PONDERAÇÃO RECORRENTE DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

V- CONCLUSÃO

I – Introdução

Instados a refletir sobre a função revisora dos tribunais, a primeira ideia que nos ocorreu foi a daquele lugar-comum: error in procedendo ou error in judicando.

Dito de outro modo, enraizou-se na cultura jurídica brasileira o seguinte axioma: as sentenças proferidas pelo juiz monocrático devem submeter-se, real ou potencialmente, ao duplo grau de jurisdição. Isso deve ocorrer por um motivo bastante simples: a inexorabilidade do erro. Seja através do erro procedimental, seja por meio do erro de conteúdo, o Poder Judiciário no Brasil erra. Mas o juiz singular, segundo opinião reinante, erra ainda mais[3]. De modo que não é outra a razão principal da sua inclusão em um sistema processual no qual o "controle" é a palavra-chave[4]. E tanto é assim, que muitos atribuem natureza constitucional à duplicidade obrigatória de instância.

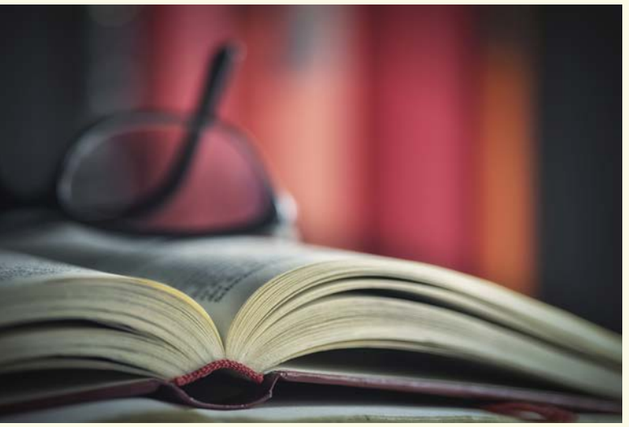
Dito isso, e não obstante a existência de sólidos argumentos contrários à constitucionalização do duplo grau de jurisdição[5], o que pretendemos analisar nestas páginas é menos o seu patamar hierárquico-normativo e mais a sua significação. Afinal de contas, qual deve ser a extensão hermenêutica da revisão recursal, especialmente no contexto de um Estado Democrático de Direito que prima pela "duração razoável do processo" e pela "efetividade da tutela judicial"?

Mas isso não é só. Ao discorrermos sobre a função revisora dos tribunais também devemos levar em conta o seu aspecto pragmático ou consequencialista. Nos dias que correm, o índice de confiança da população no Poder Judiciário não é dos melhores[6]. Entretanto, paradoxalmente, este mesmo Judiciário está abarrotado de antigos processos e submetido a avalanches de novos processos oriundos desta mesma população. Por que isso acontece? Será que a gigantesca quantidade de recursos e de possibilidade (quase certa) de modificação da decisão judicial de primeiro grau contribui para este fenômeno?

Estas são algumas questões que pretendemos abordar ao longo deste ensaio, na tentativa de construir algumas soluções e, quiçá, angariar alguns adeptos a elas. Ou, ao menos, impelir os mais críticos a reverem suas opiniões.

3. Exemplo ilustrativo desta impressão é a chamada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135 de 04 de junho de 2010), uma vez que foi alterada no seu projeto original a fim de considerar inelegíveis apenas os parlamentares julgados por órgão colegiado, e não por juiz monocrático.
4. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V: arts. 476 a 565. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, pp. 235-238.
5. Cf.MARINONI, Luis Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 185-186.
6. SABADELL, Ana Lucia. Manual de sociologia jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 182-184.

II – O duplo grau de jurisdição segundo o STF e o TST



O acesso à justiça foi positivado como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da CRFB/88. Mais precisamente, a Constituição de 1988 apresentou o seu art. 5º , XXXV como resposta aos anseios por um Estado realmente democrático, diante de um contexto histórico de "inacesso" quase absoluto ao Poder Judiciário.

É necessário se ter em mente a realidade política e social brasileira para que se possa compreender porque este princípio foi consagrado e influenciou toda uma hermenêutica voltada à ratificação da emancipação do Poder Judiciário. O mote agora seria a minoração das desigualdades sociais, ao menos no que tange à possibilidade de apreciação dos conflitos de interesses por uma autoridade supostamente legítima. E nem poderia ser diferente, em se considerando que a ciência jurídica é permeada de valores e modulada pelas experiências daqueles que o vivenciam. Fruto de uma atividade intersubjetiva ou discursiva, voltada para a solução racional dos problemas práticos que afligem a sociedade, o direito oscila entre duas forças contrapostas: a necessidade de segurança/estabilidade/previsibilidade e a premência da aceitação/legitimidade/sentimento de justiça dos seus destinatários. Conforme bem salientou o jurista Miguel Reale,

> *A vida dos modelos jurídicos se desenvolve entre dois fatores operantes, um visando a sua preservação e permanência, outro reclamando a sua reforma ou substituição, o que assegura à experiência dos modelos jurídicos uma autocorreção, num processo de marcado feedback, isto é, de contínua regeneração ou realimentação, que se dá em função de mutações operadas no plano dos fatos, dos valores e do próprio ordenamento normativo global, repercutindo imediatamente nos domínios cambiantes da Hermenêutica jurídica*[7].

Não há como negar que as decisões judiciais têm um importante papel neste processo evolutivo. E, justamente por isso, deve-se garantir que "erros" atribuíveis ao julgador primário não inviabilizem a garantia de efetivação do direito postulado pelo cidadão. Em tese, esta garantia se desdobraria no duplo grau de jurisdição (e no consequente poder revisional dos Tribunais) sob o aspecto material do princípio do acesso à justiça. Dito de outro modo: não só declarar o direito, mas satisfazê-lo, no sentido de desenvolver ferramentas para viabilizar tal satisfação de maneira mais justa.

7. REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 26. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2002.

Mas isso não é só. Aproximar a normatividade da efetividade, ou, em outras palavras, buscar a melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais passa a ser a tônica do julgamento. Desta forma, o juiz não mais se apresenta como um ator "contemplativo"[8] ou mero descobridor passivo da mens legislatoris, mas, sim, como um partícipe do mundo da vida, testemunha das mazelas sociais, um sujeito consciente do papel "garantista" de suas decisões[9]. Este novo paradigma "faz do Estado instrumento a serviço da proteção de direitos, que, derivados da dignidade da pessoa humana, surgem como valores exteriores à ordem jurídica, desempenhando em face dela uma permanente função crítica"[10].

> Desta forma, o juiz não mais se apresenta como um ator "contemplativo" ou mero descobridor passivo da *mens legislatoris*.

Portanto, o viés material do duplo grau de jurisdição (busca da melhor solução), somado à nova inserção do Judiciário dentro do chamado "constitucionalismo democrático" ou "neoconstitucionalismo", transformou a possibilidade de revisão das decisões de primeiro grau em verdadeira exigência institucional. Indo além, ao privilegiar-se a suposição de ocorrência de "error in judicando" ou "error in procedendo", acrescentou-se a previsão de uma terceira instância para verificação de ocorrência de violação de lei federal ou dispositivo consitucional, e de interpretação de lei federal, estadual ou norma coletiva diversa da "jurisprudência consolidada" (art. 896 da CLT).

E, para culminar, depois de ultrapassados todos os degraus da Justiça Federal especializada, temos, também, a possibilidade de submissão da demanda à análise do Supremo Tribunal Federal, através do recurso extraordinário, nas hipóteses de análise de violação à Constituição ou à Lei federal (art. 102 da CRFB/88). Isso sem esquecer da previsão de outros recursos de diversas naturezas, inclusive de ordem regimental, hábeis a corrigir os "erros" da instância a quo, bem como da rotineira formalização de Súmulas como meio de conter o impulso criativo (e supostamente equivocado) dos juízes singulares.

A bem de ver, o Poder Legislativo seguiu este mesmo ideário ao trazer a previsão da Súmula vinculante, através da inserção do art. 103-A na Constituição. Com a EC nº 45/2004 permitiu-se ao STF

8. "Os 'contemplativos' são cem vezes piores – não sei de nada que suscite tanto desânimo como este gênero de 'poltrona objetiva'" (NIETZCHE, Friedrich. A genealogia da moral. 2. ed. São Paulo: Editora Escala, 2007, p 149).

9. Conforme o "garantisto jurídico" de Luigi Ferrajoli, o sistema jurídico reveste-se em uma "forma de direito" que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem existir para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes, como se tal categoria de direitos fosse um dado ontológico para que se pudesse aferir a existência ou não de um direito; a validade ou não de uma norma FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta, 1998, p. 851.

10. MAGANO, Octavio Bueno. X Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e da Previdência Social, Montevidéo, 1989, t. I: "La determinación de la norma más favorable", p. 1.

de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A mesma Emenda trouxe, ainda, a alteração do art. 102 da CRFB/88[11], afirmando que a existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada é requisito necessário para o conhecimento de todos os recursos extraordinários, inclusive em matéria penal, sendo "preliminar formal" de admissibilidade recursal[12]. Segundo o texto do diploma processual civil, haverá repercussão geral "sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal", sendo que sua análise depende da " existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa"[13].

Sob raciocínio similar, e mesmo antes de uma reforma constitucional de tamanha envergadura, o art. 896-A da CLT já determinava o exame prévio e necessário ao conhecimento do recurso, a fim de que fosse verificado "se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica"[14]. O conteúdo demasiadamente subjetivo trazido por este preceito represou a sua auto-aplicabilidade e, assim, estimulou a visão de necessidade de regulamentação[15]. Logo, apesar de ter constituído uma resposta ao desmesurado número de recursos que tramitam nas Cortes superiores, a interpretação sedimentada pelo TST acabou por esvaziar o objetivo primário desta inovação: a efetividade e celeridade do provimento jurisdicional.

De fato, a construção desenvolvida pela jurisprudência acabou por confundir a discricionariedade judicial com a arbitrariedade. Decerto, determinado grau de discricionariedade faz-se ínsito a toda e qualquer atividade judicante, eis que a abertura semântica dos enunciados normativos acarreta uma escolha inexorável do magistrado. Uma deverá ser a sua opção, dentre as várias alternativas possíveis. Entretanto, esta liberdade de escolha não é absoluta. Longe disso, ela é altamente limitada, tanto pelos parâmetros linguísticos pré-fixados pelo ordenamento jurídico-processual, como também pelo imperativo constitucional de fundamentação, previsto no art. 93, IX da CF/88. O dever de justificar sua decisão coloca um severo obstáculo às opções hermenêuticas movidas por idiossincrasias ou frivolidades do juiz desavisado.

11. Cf. Art. 102, § 3º da CRFB/88 : "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

12. A preliminar formal de repercussão geral é exigida em todos os recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados a partir de 3 de maio de 2007, quando do estabelecimento das normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o dito instituto, quando da entrada em vigor da Emenda Regimental nº 21/07 ao RISTF (QO-AI 664.567, Min. Sepúlveda Pertence)

13. Cf. art. 543-A, §§1º e 3º do CPC.

14. Cf. art.896-A da CLT

15. Cf. o acórdao proferido no julgamento do processo nº TST-RR-1071-16.2011.5.06.0016, relator Min. Aloysio Correa da Veiga , publicado no DOU de 21/02/13.

Dito isso, caberia ao Judiciário dar o passo adiante e, de modo vanguardista, manusear o conceito de transcendência social, isto é, o da "existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação notável à harmonia entre capital e trabalho", tendo como mote, ainda, o caráter estimulador de conflituosidade entre patrões e empregados, pela possibilidade de recurso contínuo ao Judiciário[16]. Como já asseverava o Ministro Ives Gandra da Silva Martins, existem diversos argumentos legitimadores da concretização imediata da regra da transcedência, dentre os quais[17]:

> *(...)a) o TST goza da mesma natureza do STF, de instância extraordinária, atuando por delegação na interpretação final do ordenamento jurídico-trabalhista infraconstitucional, razão pela qual o tratamento a ser dado, em termos de mecanismos redutores de recursos ao STF, deve ser adotado também para o TST (e STJ); b) o STF adotou mecanismo de seleção de recursos (argüição de relevância) durante a vigência da Constituição Federal de 1967/69 (à qual se cogita de retorno, sob o rótulo de "repercussão geral" da questão constitucional), seguindo o modelo da Suprema Corte Americana, que pode servir de parâmetro para o TST e STJ;c) a quantidade astronômica de recursos que desembocam atualmente nos Tribunais Superiores não tem permitido uma apreciação minimamente satisfatória das causas submetidas ao crivo final das instâncias superiores, a par de se acumularem processos sem perspectiva de julgamento a médio ou até a longo prazo, exige uma rápida solução para o problema, no sentido de se criar mecanismo de redução do quantitativo de processos a ser efetivamente examinado por essas Cortes.(...).*

Ademais, o Tribunal Superior do Trabalho tem-se mostrado preocupado com o maremoto recursal a que é submetido. Neste passo, persevera na tentativa de refrear a interposição de recursos inadequados ou protelatórios, seja no momento do seu exame de admissibilidade (e o exemplo a ser citado é o da necessidade de pré-questionamento para a interposição de recursos de revista, em âmbito trabalhista[18]), seja já na primeira instância, facultando ao Juiz a aplicação das penalidades pecuniárias previstas em lei. E o mesmo se pode dizer do Supremo Tribunal Federal. Atento a este problema, a Suprema Corte, através de seu então presidente, o Min. Cesar Peluzo, redigiu a PEC nº 15/2011,

16. Cf. o PL 3267/00.

17. Cf. "O critério de transcendência no recurso de revista," disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_20/artigos/IvesGandra_rev20.htm.

18. Cf. explicitam a Súmula 297 do C. TST e a OJ 62 da SDI-1 do C. TST, in verbis:

SÚMULA 297 : PREQUESTIONAMENTO. OPORTUNIDADE. CONFIGURAÇÃO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.

II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.

III. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.

OJ 62. PREQUESTIONAMENTO. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE EM APELO DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. NECESSIDADE, AINDA QUE SE TRATE DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA (republicada em decorrência de erro material) - DEJT divulgado em 23, 24 e 25.11.2010

É necessário o prequestionamento como pressuposto de admissibilidade em recurso de natureza extraordinária, ainda que se trate de incompetência absoluta.

na qual propôs a alteração do recurso extraordinário para uma ação rescisória extraordinária, e o recurso especial para uma ação rescisória especial, a fim de permitir o trânsito em julgado das decisões antes da revisão permitida pelos arts. 102 e 105 da Constituição Federal.

O chamado "abuso de recursos"[19] ou o mau vezo do exercício do devido processo legal propicia a aplicação de medidas coercitivas, tais como a aplicação das multas previstas arts. 14, V, 17 , VII, 18, §2º e 538, § único do CPC. Tais medidas possuem caráter não só punitivo, mas especialmente pedagógico, refletindo, assim, uma postura almejada e requerida do Poder Judiciário, pois tratam-se de meios legítimos de efetivação dos direitos do cidadão. A distorção do exercício do direito ao acesso a justiça traz prejuízos inarredáveis à sua própria efetividade, na medida em que dificulta sobremaneira a solução dos conflitos de interesses daqueles que dele fazem uso.

O paradoxo exposto leva à reflexão acerca da necessidade de criação de novos mecanismos a serem disponibilizados ao Poder Judiciário, com o fim de, se não eliminá-lo, ao menos reduzí-lo. Mesmo que em momento posterior à interposição dos recursos. O que importa é frisar a importância dos Tribunais Superiores neste desiderato.

Não obstante todo o esforço demonstrado pelo TST e pelo STF na efetivação dos direitos que lhes são demandados, caberá a eles, agora mais do que antes, o protagonismo institucional de não se deixar levar pela falsa premissa do erro latente à atuação do magistrado de primeira instância. Pois, se não for assim, o desnaturar do real e inafastável núcleo essencial do direito ao duplo grau recursal será uma consequência inevitável: ao invés de garantirem a possibilidade de a parte ouvir uma segunda opinião e, quiçá, retificar erros (de procedimento ou de julgamento) eventualmente cometidos, estarão abrindo as portas de um dantesco inferno processual, cujos círculos ou instâncias de sofrimento mostrar-se-ão infinitos.

III – A delimitação conceitual do duplo grau de jurisdição: as vantagens e desvantagens subjacentes

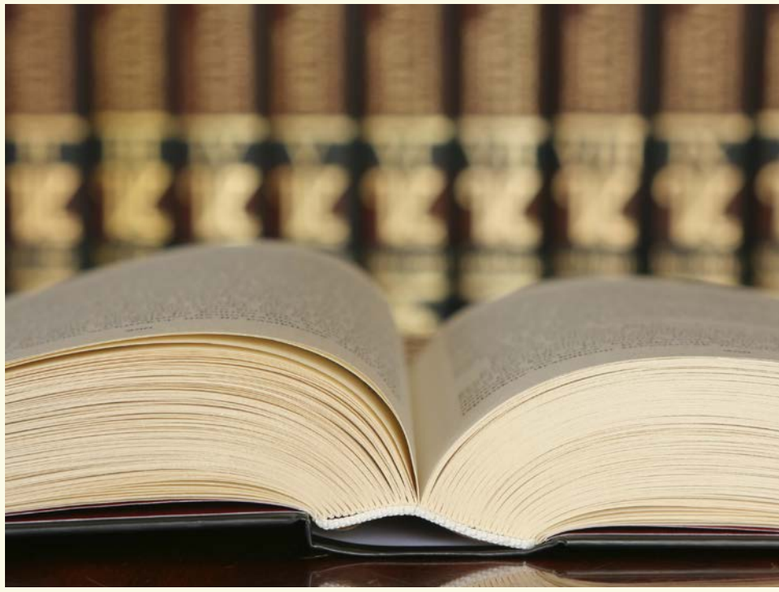
Apesar de não ser o objetivo deste ensaio afirmar a estatura jurídica do duplo grau de jurisdição, imaginemos, apenas como hipótese de trabalho, que a Constituição brasileira tenha abraçado o duplo grau de jurisdição no seu art. 5º, LV.

A partir daí, a primeira discussão vislumbrada deve ser a atinente à sua natureza normativa. Neste sentido, podemos reconduzi-la à estrutura de regra, mais exatamente a de organização judiciária, nos moldes do art. 92 da CRFB/88 e da interpretação explicitada na Súmula nº 356 do C. TST[20], como também a de *princípio*[21], na esteira da parte final do inciso constitucional aludido. E aqui, neste ponto, surgem as maiores dúvidas. Não propriamente de natureza normativa, pois pode-se afirmar com relativa tranquilidade que o estado de coisas implícito a este valor institucionalizado está bem consolidado. A rigor, as questões tormentosas surgem de outra linha de raciocínio, o de natureza pragmática ou consequencialista. Basta pensar na seguinte pergunta: quais as vantagens e desvantagens da interpretação atual do princípio do duplo grau de jurisdição?

19. O chamado "abuso de recursos" tem sido matéria invocada por diversos juristas, como chama atenção o professor Canotilho, ao alertar que tais recursos protelatórios acabam levando à dilação dos prazos e negativa de cumprimento do provimento jurisdicional ,através da interposição de medidas que visam , em verdade, à nova análise do direito ordinário (conforme seminário internacional promovido em Luanda, capital de Angola, sobre o tema "O Direito de Acesso à Justiça Constitucional" nos Estados-membros da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), em notícia dsiponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=183528 , acesso em.

20. O rito de alçada, que não permite a interposição de recursos à decisão de 1o grau foi entendido como recepcionado pela Constituição.

21. Cf. o conceito de DWORKIN, Ronald. In:I diritti presi sul serio. Bologna: il Mulino, 1982, p.90.



As vantagens do duplo grau de jurisdição são, talvez, as mais aparentes. A amplitude do acesso à justiça como garantia constitucional; a revisão (ou reforma) da decisão de primeiro grau como meio de corrigir eventuais erros que impossibilitem o exercício do direito legítimo pela parte; o guarnecimento da Constituição e sua observância contra possível violação através de decisão judicial. Todos estes papéis da função revisora dos Tribunais são de fácil visualização quando da análise da importância de submissão da demanda a "todos os meios e recursos" inerentes ao contraditório e à ampla defesa.

De fato, não há como se considerar que o Magistrado de primeiro grau, por mais apto e dedicado que seja aos seus misteres, não seja passível de equívoco, mormente porque o elemento humano somado ao isolamento do Juízo a quo acentuam as imperfeições do julgado. Conforme bem salienta Eduardo Couture,

> (...) o juiz é uma partícula de substância humana que vive e se move dentro do Direito; (...) A sentença poderá ser justa ou injusta, porque os homens necessariamente se equivocam. Não se inventara ainda uma máquina de fazer sentenças.No dia em que for possível decidir os casos judiciais, como decidem as carreiras de cavalos, mediante um olho eletrônico que registra fisicamente o triunfo ou a derrota, a concepção constitutiva do processo carecerá de sentido, e a sentença será uma pura declaração, como queria Montesquieu. Enquanto não se fabrica essa máquina de fazer sentenças, o conteúdo humano, profundo e entranhável do Direito não pode ser desatendido nem desobecedido(...)[22].

22. COUTURE, Eduardo Juan. Introducion al Estudio Del Proceso Civil. Buenos Aires :Depalma, 1988.p.75.

Por outro lado, a certeza de submissão da sua demanda à revisão por órgão Colegiado (e não apenas um Magistrado) traslada maior segurança ao cidadão e responde aos anseios de uma sociedade que se viu imersa em um histórico de desigualdade social e ditadura política.

A visão crítica, contudo, permite vislumbrar algumas notas capazes de desafiar a harmonia das "vantagens" aludidas.

A contradita mais imediata à duplicidade de instância é a constatação de que o Juiz de primeiro grau seja o agente mais apto a identificar o que é relevante, além de mais capacitado a valorar e conferir coerência ao conjunto probatório apresentado na fase instrutória, haja vista sua identidade (e proximidade) física com o desenvolvimento dos meios de prova manejados pelas partes. Neste sentido, a banalização dos recursos, numa sucessão inesgotável de caminhos aptos a anular ou reformar as decisões de primeiro grau, sugere uma falha irremediável e grotesca do sistema de julgamento ou, por assim dizer, do próprio Poder Judiciário como expressão do Poder Estatal, deslegitimando-o. Em tempos de exacerbada descrença popular na efetividade da Justiça, tal componente mostra-se altamente explosivo para a manutenção do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Mas se esta é uma posição atraente para os que anseiam por um julgamento rápido e desburocratizado, ela também carrega consigo o risco de fragmentação do sistema. Com efeito, a pulverização do controle social exercido sobre o juiz singular, deixando-o à vontade para decidir, independentemente da opinião dos seus pares, acarretaria uma profusão de opiniões conflitantes que dificilmente pacificariam a sociedade. Trocar-se-ia a demora pelo caos, aprofundando o sentimento de injustiça.

Este perigo de deslegitimação às avessas foi contornado pelo sistema judicial norte-americano, no qual se atribui o devido peso aos precedentes (stare decisis). De acordo com este desenho institucional, o respeito aos precedentes no âmbito horizontal (dentro do próprio Tribunal que proferiu a decisão) ou no vertical (por seus Tribunais inferiores) coloca-se como principal meio de garantia da segurança jurídica da ordem normativa, da igualdade de tratamento do jurisdicionado e da legitimidade do sistema como um todo, na medida em que estimula a coerência entre o pensamento dos juízes (com destaque especial para a Corte Suprema)[23]. A bem da verdade, a observância de precedentes não pode e não deve ser considerada uma invasão à autonomia judicial. Neste diapasão, podemos pontuar, juntamente com o Professor Marinoni, que:

> *o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isso, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. O juiz que contraria a sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade. Enquanto isto, o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional*[24].

E acrescente-se ainda mais um detalhe que faz toda a diferença. No sistema pautado no stare decisis a observância da ratio decidendi (elemento da decisão que é efetivamente vinculante) não é um caminho de ferro infenso a desvios e/ou aperfeiçoamentos. O Juiz não é obrigado a portar-se como um autômato e seguir cegamente as diretrizes já sedimentadas. A teoria da argumentação é utilizada de maneira sofisticada o bastante para permitir o afastamento de precedentes em virtude das peculiaridades do caso concreto (restrictive distinguishing) ou para permitir a aplicação do precedente ao caso concreto, a despeito de suas peculiaridades (ampliative distinguishing). Em suma, no sistema norte-americano apresenta-se uma discricionariedade judicial tão ou mais intensa do que a exercida por aqui, com a possibilidade, inclusive, de revogação do precedente indicado (*overrulling*)[25]. Ou seja, lá, como aqui, está mantida a nossa boa e velha conhecida: a independência do Juiz na formação do seu "livre convencimento motivado".

Seja qual for o modelo priorizado, o que se busca é a simbiose entre o iter processual e o comprometimento pessoal e institucional do magistrado, com vistas à produção de uma decisão razoável[26]. Desde a mais vetusta época não foi outro o objetivo almejado pela sociedade e pela evolução da função revisora dos Tribunais. Conceitos do século XX podem ser utilizados aqui como denotação de contemporaneidade, ao considerar que "o escopo da Jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade"[27]. Sob tal concepção mediana, o papel da função revisora dos tribunais ganha contornos que, ao fim e ao cabo, garantem a satisfação das necessidades da mesma sociedade que re-

23. Cf. MACCORMICK, Neil. Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005.

24. MARINONI, Luiz Guilherme. "Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil". Curitiba: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, 2009. nº. 49. p.36.

25. TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. A. 61, n. 3 . Milano: Giuffrè, 2007 .p. 800-808. Sobre o estudo dos precedentes, cf., também, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

26. Sobre a maturação do conceito de decisão razoável, com especial destaque para a sua atribuição às sentenças produzidas pelos juízes de primeiro grau, cf. CLAUS, Ben-Hur Silveira , "A função revisora dos tribunais – a confirmação da sentença razoável como ponto de partida para a necessária construção de uma nova concepção de recorribilidade no julgamento dos recursos de natureza ordinária". Revista LTr, ano 77, nº 10, outubro/2013, São Paulo, pp. 1187 e seq.

27. Tal era o conceito da denominada "Jurisprudência dos Interesses" alemã, preconizada por Phillip Heck. In: PESSÔA, Leonel Cesarino. A teoria da interpretação jurídica em Emilio Betti. São Paulo:Ed. Sérgio Fabris, 2002 .

corre aos Tribunais, garantindo-lhe a análise democrática dos conflitos de interesse, porquanto respaldada em entendimentos pretéritos geradores de um mínimo de segurança e estabilidade jurídica ao cidadão.

Trata-se de entender que o acesso à justiça não é a mera provocação do Poder Judiciário, mas, fundamentalmente, é o "direito de acesso à ordem jurídica justa", assim considerada aquela que se sustenta no direito à informação, na preocupação da adequação/repercussão entre a interpretação da ordem jurídica e consonância com a realidade sócio-econômica do país, no direito a uma função estatal racionalmente organizada e formada por juízes comprometidos com a realização da ordem jurídica justa, no direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a participação efetiva das partes na construção da solução a ser aplicada e, finalmente, no direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham à concretização destes pressupostos[28].

IV – A ponderação recorrente do princípio do duplo grau de jurisdição

Depois de tudo o que foi referido em torno da importância normativa e pragmática do princípio do duplo grau de jurisdição, com ênfase na influência por ele exercida sobre o desenho institucional do Poder Judiciário brasileiro, devemos destacar, nesta etapa final do nosso ensaio, como ele vem sendo modulado na prática. A ideia agora é ilustrar o que dele vem sendo feito e, portanto, tornar mais palpável a sua dimensão empírica[29].

Mas antes que façamos isso, volta a ser relevante sublinhar a sua maleabilidade normativa. Não que esta característica traduza algo de muito novo na jurisprudência ou na teoria, especialmente em virtude daquilo que há muito nos ensinou o jusfilósofo alemão Robert Alexy. Nos dias de hoje, a necessária imbricação entre a estrutura normativa dos princípios e possibilidade de sua ponderação/relativização/flexibilização no caso em particular são tidos como lugar-comum[30].

Entretanto, a par desta sua peculiar natureza dúplice (estrutural e metodológica) para a resolução dos problemas concretos submetidos ao julgador, os princípios também podem ser ponderados em abstrato, pelo legislador[31]. E isso vem sendo feito com certa regularidade pelo legislador brasileiro, como se verá a seguir.

Com efeito, ao lançarmos mão do direito processual comum encontramos, com facilidade, exemplos nos quais o princípio do duplo grau de juridição cedeu lugar a outros princípios de igual status normativo. Vejam a hipótese da antecipação de tutela, positivada nos arts. 273 e 461 do CPC. A partir da leitura destes dispositivos percebe-se facilmente que o Poder Legislativo conferiu maior peso ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional em detrimento do duplo grau de jurisdição. E o mesmo se pode entrever no art. 515, §3º do CPC, na medida em que autoriza ao Tribunal apreciar o mérito da causa, ainda que este não sido julgado pelo primeiro grau. Novamente, efetividade prevalecendo sobre o duplo grau. Mas os exemplos não encerram aqui.

28. Cf. WATANABE, Kazuo, Acesso à Justiça e sociedade Moderna, in Participação e processo, São Paulo, Ed. RT, 1988.
29. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 32-34.
30. Idem, p. 85 et seq.
31. Idem, ibidem.

Na esfera processual trabalhista encontramos uma das ponderações em abstrato mais acachapantes do sistema jurídico brasileiro. Falamos da supressão explícita do duplo grau para os processos cujo valor da causa coincida com o valor de alçada previsto no art. 2º, §§3º e 4º da Lei nº 5.584/70. Deveras, nestes enunciados normativos encontramos a permissão para o encerramento do processo em primeira instância quando a estimativa econômica da controvérsia não ultrapassar dois salários mínimos. Logo, vê-se que não só o principio do duplo grau de jurisdição foi sopesado como, mais do que isso, foi circunstancialmente anulado. Uma opção que, apesar de legislativa, foi, referendada pelo TST, através das suas Súmulas nº 71 e 356.

Além disso, vale salientar também a atribuição da qualidade de coisa julgada formal e material para os acordos homologados pelo juiz de primeiro grau, por força do art. 831, § único da CLT. Mais uma vez, percebemos uma drástica restrição genérica (em tese) do princípio do duplo grau de jurisdição em prol de outros princípios, tais como o da cooperação processual e da duração razoável do processo.

Já no campo da concretude, várias são as decisões judiciais que deram ensejo ao sopesamento do princípio do duplo grau de jurisdição. Mencionamos rapidamente a Súmula 100, inciso VII do TST, segundo a qual "ão ofende o princípio do duplo grau de jurisdição a decisão do TST que, após afastar a decadência em sede de recurso ordinário, aprecia desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento", e a OJ nº 70 da SDI-1 do TST, proibindo o recurso ordinário em face de decisão em agravo regimental interposto em reclamação correicional.

Poder-se-ia argumentar, ainda, com as Súmulas 259 (permitindo a impugnação de acordo judicial apenas por meio de ação rescisória), 285 e 393 (atribuindo efeito devolutivo aprofundado a recursos parciais) do TST, todas com o mesmo pando de fundo: a possibilidade de restrição ou promoção pontual e justificada do princípio do duplo grau de jurisdição sempre que os contornos fáticos e jurídicos da casuística analisada assim autorizem.

Vê-se, portanto, que a despeito de sua indiscutível relevância no desenvolvimento institucional e normativo do sistema judicial brasileiro, o princípio do duplo grau de jurisdição sofre de frequentes modulações na sua extensão.

É certo que os exemplos coligidos dão a impressão que a opção hermenêutica é, via de regra, pela sua redução normativa. Mas há hipóteses, sim, em que a ampliação também é uma alternativa escolhida pelo intérprete, como no caso de permitir-se judicialmente a recorribilidade de decisão interlocutória, não obstante o disposto no art. 893, §1º da CLT (vide Súmula nº 214 do TST).

Em síntese, o que importa destacar por ora é a via de mão dupla embutida na estrutura principiológica do duplo grau de jurisdição. Para o bem ou para o mal ela vem sendo percorrida diuturnamente pelo Legislativo e pelo Judiciário, quando as circunstâncias práticas os impulsionam numa ou noutra direção. E, por estas e outras, a existência do poder revisional dos tribunais não deve ser considerado um axioma para a busca da melhor solução judicial. Pode até a vir a sê-lo no momento atual, mas nada impede que no futuro e de lege ferenda espaços institucionais infensos a duplicidade de instância sejam criados ou, como no caso do processo do trabalho, ampliados.

V – Conclusão

É tempo de abreviar o debate acerca da função revisora dos tribunais. Mas desejamos deixar aqui uma mensagem final, especialmente ao juiz de primeiro grau que nos lê. Relembrá-lo, agora e sempre, do papel crucial que lhe cabe nesta mudança de paradigma por que passa o direito como um todo.

De plano, deve o magistrado, solitário que é, a todo momento repisar que o poder que lhe é confiado não é um poder em si mesmo, ou, caso contrário, correrá o sério risco de tornar-se uma força bruta alheia ao tempo e ao espaço que ocupa. Para tornar-se uma autoridade legítima e, assim, agregar valor, respeito e credibilidade às suas decisões, deve o juiz singular levar a sério a sua atribuição maior de pacificador social, sabedor de que o processo deve ser lido como um instrumento dialético voltado para a cooperação e de que a sua palavra é mais uma a ser ouvida, e não a última ou a única que importa.

Auscultar cuidadosamente as partes envolvidas no problema a ser dirimido é imprescindível, de modo a transformar-se num facilitador, num catalizador ou num indutor de uma solução construída a várias mãos. Não é à toa que o art. 764 da CLT insiste na fórmula da conciliação como mecanismo a ser estimulado no início, meio e fim do processo do trabalho. Pois a deliberação autônoma sobre como conduzir as nossas vidas é a noção mais comezinha que se atribui ao tão propalado princípio da dignidade humana[32].

Todavia, se isso não for possível, que a sua sentença seja vista como fruto de um diálogo direito com os demandantes e, simultaneamente, de uma interlocução indireta com os seus colegas de jurisdição. Pois, assim, de um jeito ou de outro, será vista como o produto bem acabado do respeito e consideração devidos a todos os que estão no mesmo barco institucional.

32. Por todos, cf. BARROSO, Luis Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2013.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 32-34.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CLAUS, Ben-Hur Silveira . A função revisora dos tribunais – a confirmação da sentença razoável como ponto de partida para a necessária construção de uma nova concepção de recorribilidade no julgamento dos recursos de natureza ordinária. **Revista LTr**, ano 77, nº 10, outubro/2013, São Paulo, pp. 1187 e seq.

COUTURE, Eduardo Juan. **Introducion al Estudio Del Proceso Civil**. Buenos Aires :Depalma, 1988.p.75.

DWORKIN, Ronald. In: **I diritti presi sul serio**. Bologna: il Mulino, 1982, p.90.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1998, p. 851.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MAGANO, Octavio Bueno. X Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e da Previdência Social, Montevidéo, 1989, t. I: **La determinación de la norma más favorable**, p. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, 2009. nº. 49. p.36.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 185-186.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V: arts. 476 a 565. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, pp. 235-238.

NIETZCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**. 2. ed. São Paulo: Editora Escala, 2007, p 149.

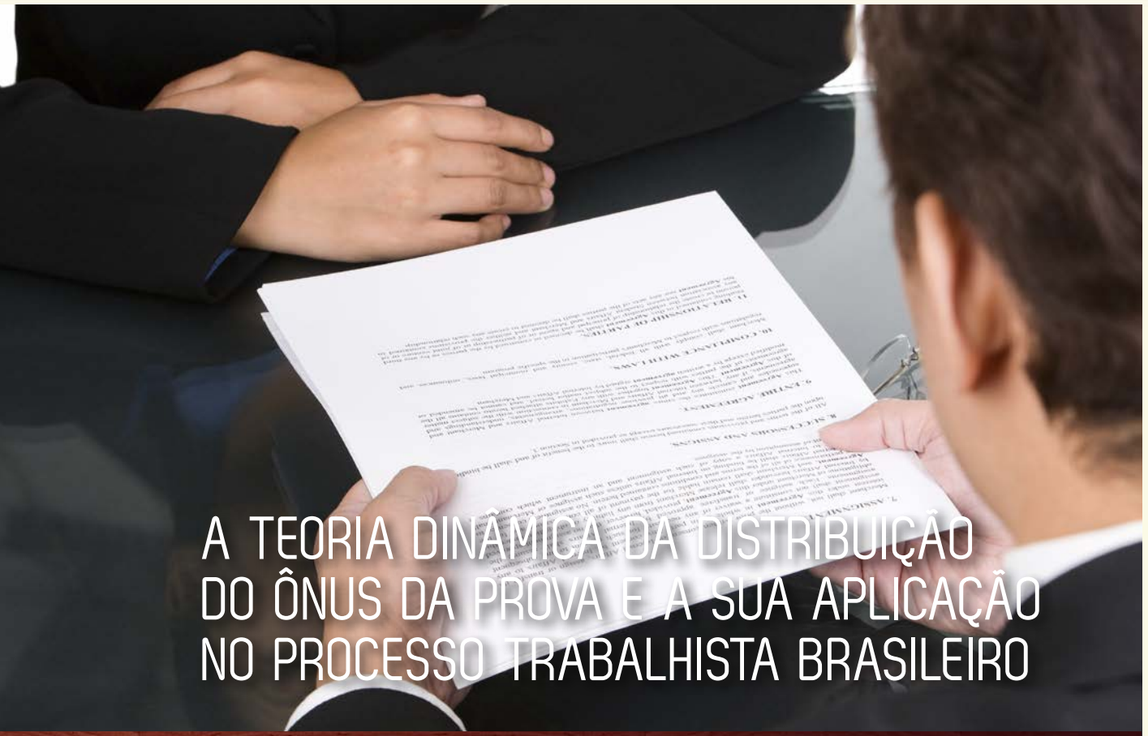
PESSÔA, Leonel Cesarino. **A teoria da interpretação jurídica em Emilio Betti**. São Paulo:Ed. Sérgio Fabris, 2002 .

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2002.

SABADELL, Ana Lucia. Manual de sociologia jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 182-184.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. A. 61, n. 3 . Milano: Giuffrè, 2007 .p. 800-808.

WATANABE, Kazuo, Acesso à Justiça e sociedade Moderna, in **Participação e processo**, São Paulo, Ed. RT, 1988.



A TEORIA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E A SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO TRABALHISTA BRASILEIRO

Juiz Gustavo Carvalho Chehab[1]
TRT 10ª Região

RESUMO

A teoria dinâmica do ônus da prova está sendo utilizada no Brasil, apesar do silêncio dos diplomas processuais. Fundada em princípios constitucionais e processuais, a teoria dinâmica tem aplicação porque a regra geral e estática do encargo probatório é insuficiente para a solução de todos os casos judiciais, especialmente quando se está diante da chamada prova diabólica. O projeto de lei do novo Código de Processo Civil prevê sua aplicação, que tem lugar importante no Processo do Trabalho. Conhecer, compreender e estudar essa teoria é cada vez mais necessário aos operadores do direito. Esse artigo procura contribuir ao debate da adoção da teoria dinâmica na seara processual trabalhista.

PALAVRAS-CHAVES: Ônus da Prova. Teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova. Prova diabólica. Aptidão para a prova. Princípio da paridade de armas.

THE DYNAMIC THEORY OF THE DISTRIBUTION OF BURDEN OF PROOF AND ITS APPLICATION IN THE BRAZILIAN LABOUR PROCESS

1. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP/DF, especialista em Direito do Trabalho pelo UniCeub, Juiz do Trabalho substituto do TRT da 10ª Região e Secretário-geral da Amatra 10.

ABSTRACT

The dynamic theory of the burden of proof is being used in Brazil, despite the silence of the procedural legislation. Founded in constitutional and procedure principles, the dynamic theory has applications because the general and static rule is insufficient for the solution of all the court cases, especially when the proof is diabolic. The Bill of the new code of Civil Procedure provides for its application, which has important place in the Labour Process. Know, understand and study this theory is necessary to jurists. This article contributed to the debate on the adoption of dynamic theory in labour procedural.

KEYWORDS: *Burden of proof. Dynamic theory of the distribution of burden of proof. Diabolic proof. Ability to proof. Principle of parity of arms.*

INTRODUÇÃO

Nos processos judiciais, os fatos controvertidos, como regra, dependem de prova. Essa comprovação exige um esforço das partes em coletar dados suficientes para embasar o convencimento do Juiz. Comprovar é averiguar a verdade necessária para chegar a uma certeza sobre um fato. Muitas vezes, porém, os elementos constantes dos autos do processo não são suficientes para a formação da convicção da veracidade ou da certeza de um fenômeno ou de um acontecimento. Como a lide não pode ficar sem solução, a ciência jurídica propõe a adoção de regras atinentes ao ônus da prova.

No Brasil, o Processo Civil e o Trabalhista possuem regras sobre a distribuição do encargo da prova baseado na premissa da igualdade formal das partes. Todavia, há outras soluções que atendem melhor as diretrizes da Constituição e os seus princípios. Elas têm especial aplicação nos casos de extrema dificuldade da prova, em que uma parte possui uma vantagem em relação à outra. Trata-se da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, que fornece resultados mais adequados à tutela dos direitos fundamentais.

É importante compreender a teoria dinâmica do ônus da prova, sua origem, conceito, finalidade, aplicação, características, princípio norteador e efeitos, a partir de um breve levantamento bibliográfico, jurisprudencial e legislativo. Trata-se de tema atual, que tem sido bastante discutido nos debates de uma nova legislação processual, e que tem amplo e relevante campo de aplicação no Processo do Trabalho, ante as dificuldades encontradas em muitos litígios. Por meio dessa teoria, é possível alcançar mais isonomia no tratamento das partes litigantes, melhor aplicar o Direito à espécie e realizar, de modo mais satisfatório, a Justiça em face das peculiaridades do caso concreto.

1 A PROVA E O SEU ÔNUS

A palavra “prova” tem muitos significados e conceitos, podendo se referir ao ato de provar, ao meio de prova ou ao resultado dos atos praticados para a formação da convicção do Juiz (VICENTINI, 2012, p. 1).

A prova serve para, de algum modo, mostrar a certeza de um fato ou a verdade de uma afirmação (COUTURE, 1993, p. 215), para demonstrar, em juízo, a certeza ou a falsidade do fato relacionado com a causa. Provar é um meio lícito e apto para firmar o convencimento do juiz (SANTOS, 2001, p.

198). Para Francesco Carnelutti (1950, p. 258), prova, em sentido estrito, é a que permite conhecer a existência material de um fato que o Juiz tem que valorá-lo juridicamente.

O objeto da prova é os fatos deduzidos pelas partes em juízo, seu destinatário é o Juiz e sua finalidade é a formação da convicção acerca da verdade dos fatos para que a lide seja solucionada (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 412).

O ônus da prova é uma regra que "se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram" (MARINONI, 2008, p. 325). A discussão sobre o ônus da prova só tem pertinência quando estão ausentes elementos sobre a ocorrência dos fatos aptos a embasar a convicção do juiz (PALACIO, 2003, p. 398).

Ônus da prova não é uma obrigação imposta às partes, mas um encargo, uma faculdade que a parte tem em apresentar as provas que apoiam os motivos por ela adotados (CARNELUTTI, 1950, p. 344), uma faculdade de executar um ato em seu próprio interesse (ECHANDIA, 1970, p. 427).

A doutrina costuma bipartir o ônus da prova em subjetivo e objetivo. "Ônus de prova subjetivo é o encargo atribuído à parte, enquanto ônus da prova objetivo é a regra de julgamento que dessume da falta de provas para se concluir tem razão e que não a tem" (VICENTINI, 2012, p. 1). Para Hernando Echandia (1970, p. 427), o ônus da prova subjetivo compreende uma norma de conduta para as partes, em que pese preservar a liberdade em apresentar a prova em juízo.

Há várias teorias sobre o ônus da prova e a melhor técnica para solução da controvérsia acerca do fato litigioso. Dentre elas, destacam-se a teoria estática e a dinâmica.

Há várias teorias sobre o ônus da prova e a melhor técnica para solução da controvérsia acerca do fato litigioso.

2 A TEORIA ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

O sistema processual brasileiro adotou nos arts. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e 333 do Código de Processo Civil (CPC), a teoria estática do ônus da prova (teoria clássica), inspirada na doutrina italiana de Chiovenda, Carnelutti e Betti (PACÍFICO, 2001, p. 167), distribuindo-o de acordo com as alegações das partes e com a natureza dos fatos deduzidos em juízo.

Por essa regra, "aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça" (SILVA, 2003, p. 342). O autor deve demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, aqueles que são suficientes para produzir um efeito jurídico (CHIOVENDA, 1925, p. 257) e que originaram a relação jurídica deduzida em juízo (res in iudicium deducta) (CÂMARA, 2008, p. 378). O réu incumbe comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, que demonstrem que das alegações do autor "não decorrem os efeitos por ele pretendidos" (DINIZ, 1998, p. 443).

Aperfeiçoando a doutrina italiana (PACÍFICO, 2001, pp. 168-169), Leo Rosenberg (2002, p. 131) afirma que o autor deve comprovar a ocorrência dos fatos, os pressupostos do direito em que se funda seu pedido, e o réu os requisitos da norma apta a repelir a demanda, os pressupostos de uma norma destrutiva, impeditiva o excludente do pleito.

São princípios que servem de premissas para essa teoria o do dispositivo, que atribui a sorte dos rumos do processo à diligência e ao interesse da parte, e o da justiça distributiva, isto é, da igualdade das partes (CHIOVENDA, 1925, pp. 252-253). Não há um dever de provar, mas apenas um ônus, um encargo, pelo qual o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos necessários ao reconhecimento em juízo do direito subjetivo que alega ter (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 420).

A teoria estática não leva em consideração "o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art., 5º, XXXV, CF), além de partir da premissa de que ambos os litigantes estão em paridade de armas e, por isto, têm iguais condições de produzir a prova" (CAMBI, 2009, p. 353). Por isso, ela "atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos. 'Não se nega a validade da teoria clássica como regra geral, mas não se pode admitir tal regra como inflexível e em condições de solucionar todos os casos que a vida apresenta' "(DIDIER JR et al., 2007, p. 62).

Há situações em que não incide a regra dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, mas, ao contrário, o encargo da prova será daquele que tem melhores condições em fazê-lo, independentemente da natureza ou de quem alega o fato controvertido.

3 A TEORIA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (teoria dinâmica do ônus probatório ou carga dinâmica da prova) parte da premissa que "a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode" (DIDIER JR et al., 2007, p. 62).

3.1 ORIGEM E CONCEITO

A teoria dinâmica teve origem na Argentina, tendo como principal precursor Jorge W. Peyrano (1992, p. 263, tradução nossa), que sobre ela assim discorreu:

> *Para identificar a categoria de "ônus probatório dinâmico", temos visualizado – entre outros – como fazendo parte da mesma aquela segundo a qual cabe o ônus probatório para quem - pelas circunstâncias do caso e independentemente de agirem como demandante ou demandado - está em melhor posição para produzir a respectiva prova.*

Essa teoria difundiu-se e passou a ser adotada em diversos países, normalmente de forma supletiva a outras teorias, como a estática, anteriormente exposta.

Teoria dinâmica do ônus da prova é a que distribui o encargo probatório à parte que, pelas circunstâncias do caso concreto, tem maiores condições para produzir a prova do fato controvertido.

Dessa definição, identificam-se os elementos caracterizadores da teoria dinâmica: a) distribuição do encargo probatório, na qual o encargo da prova é imputado a uma das partes; b) circunstâncias do caso concreto, que revela que sua incidência é excepcional considerando a dificuldade concreta na produção de uma prova; c) por quem tem maiores condições em produzir a prova, segundo a qual o encargo é imposto a quem se mostra mais apto a realizar a prova do fato controvertido.

A teoria dinâmica não é uma nova oportunidade a quem não provou um fato de virar o jogo em desfavor da outra. Ela não tem aplicação quando a parte simplesmente não demonstra o fato que aduziu em juízo. Trata-se de uma medida excepcional, incidente quando o sistema tradicional e estático do encargo probatório é insuficiente para permitir que uma das partes comprove o alegado.

Não se procura, com a teoria dinâmica, obrigar uma parte a fazer prova contra si. Apenas ela é chamada a colaborar na produção da prova na qual se mostra mais apta ou que tem melhores condições de realizá-la. Sua inércia em contribuir com a instrução processual não é ilícita, mas atrai as consequências de o ônus da prova sobre si recair.

3.2 FINALIDADE, APLICAÇÃO E CARACTERÍSTICAS

Um dos princípios da prova é o da igualdade de oportunidades para a prova, segundo a qual as partes têm igualdade de oportunidades para obter provas e contraprovas (ECHANDIA, 1970, p. 124). A teoria dinâmica tem a finalidade precípua de garantir, concretamente, essa igualdade, de permitir, no caso sob exame, a paridade de armas.

A teoria dinâmica ajuda a dirimir o problema da "prova diabólica", que é "aquela que é impossível, senão muito difícil de ser produzida" (DIDIER JR et al., 2007, p. 60). Para Alexandre Câmara (2005, p. 15):

> *Não se trata, porém, de se fixar outra regra estática de distribuição do ônus da prova, mas de criar-se um sistema excepcional, que só pode funcionar onde a regra geral opera mal, já que foi elaborada para casos normais e correntes, o que não corresponde ao caso concreto. O que se busca é, tão-somente, retirar de uma parte o ônus de produzir provas diabólicas.*

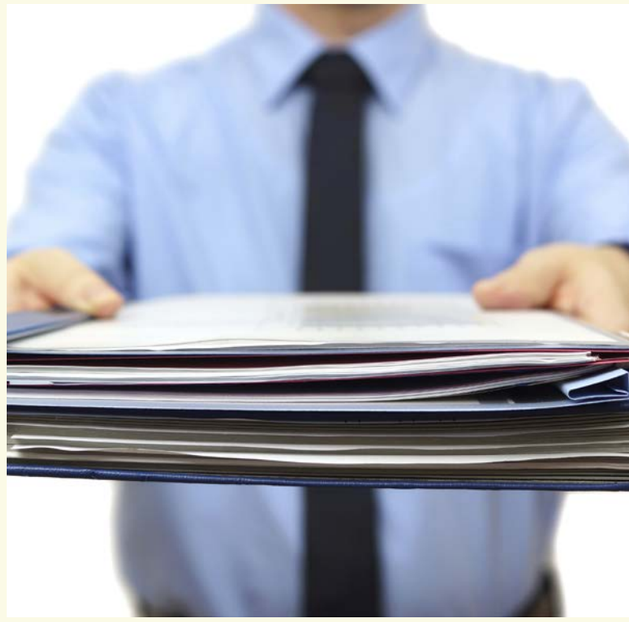
A aplicação da teoria dinâmica no Processo Civil e no Processo do Trabalho decorre da incidência dos seguintes princípios (DIDIER JR et al., 2007, p. 64): a) igualdade (arts. 5º, caput, da Constituição e 125, I, CPC) – deve haver uma paridade real de armas, e não apenas formal, promovendo-se o equilíbrio entre as partes com a atribuição do ônus da prova a quem tem meios para satisfazê-lo; b) lealdade, boa-fé e veracidade (arts. 14, 16 a 18, e 125, III, CPC) – a parte não pode agir ou se omitir de forma ardilosa para prejudicar o ex-adverso; c) colaboração com a Justiça (arts. 339, 340, 342, 345 e 355, CPC) – todos têm o dever de ajudar o magistrado a descobrir a verdade dos fatos; d) devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição) – o processo devido é que produz resultados justos e equânimes; e) acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, Constituição) – a distribuição do ônus da prova não pode ser impossível a uma das partes, sob pena de negar-lhe o acesso a tutela efetiva do Estado.

Para a aplicação dessa teoria dinâmica no Processo Civil e do Trabalho brasileiro, não há necessidade de integração ou de reforma legislativa, basta aplicar os princípios e os dispositivos acima referidos.

Eduardo Cambi (2009, p. 361) defende que, constatada a desigualdade real entre as partes e que uma delas tem melhores condições para produzir a prova do fato controvertido, o juiz "tem o dever de inverter o ônus da prova, sob pena de sua omissão ser inconstitucional, por deixar de tutelar o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere prevista no art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF".

O Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2013) entendeu aplicável ao Processo Civil brasileiro a teoria dinâmica do ônus da prova no Recurso Especial nº 1.286.704/SP.

> *CIVIL E PROCESSO CIVIL. [...] PROVA. ÔNUS. DISTRIBUIÇÃO. [...]*
> *... omissis ...*
> *6. Nos termos do art. 333, II, do CPC, recai sobre o réu o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*
> *7. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. [...]*



No mesmo sentido: Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 216.315/RS (BRASIL, STJ, 2012).

Ainda que a atual legislação processual civil (e trabalhista) não contemple expressamente a teoria dinâmica do ônus da prova, princípios constitucionais e de processo civil permitem sua aplicação a situações excepcionais quando a regra da distribuição estática mostrar-se insuficiente para o caso concreto.

Fredie Didier Jr. e outros (2007, p. 62) apontam as seguintes características da distribuição dinâmica do encargo probatório: a) o ônus da prova não é repartido prévia e abstratamente, como acontece na teoria estática, mas, sim, casuisticamente, em face das peculiaridades do caso concreto e/ou da aptidão para a prova; b) a distribuição não é estática e inflexível, mas dinâmica; c) não

importa a posição processual das partes, se estão no polo ativo ou passivo da demanda; e d) não é relevante a natureza do fato controvertido e sim quem tem maiores possibilidades de prová-lo, ou seja, não interessa para a teoria dinâmica se o fato aduzido em juízo é constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito.

3.3 PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA

A teoria dinâmica consagra o princípio da aptidão para a prova, segundo o qual o ônus probandi pertence ao litigante que tem melhor condição para fazê-lo. O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei 8.078/1990) adotou referido princípio ao facilitar a defesa do consumidor, "inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

Fredie Didier Jr. e outros (2007, p. 58) defendem que essa inversão do ônus da prova é técnica que prestigia o princípio da igualdade e não pode ter sua utilização limitada às causas de consumo. Armando Porras López (1956, p. 251) sustenta que um dos princípios da prova no processo do trabalho é de que, independentemente de condição de autor ou réu, deve provar quem está apto a isso. Márcio Túlio Viana (1993-1994) argumenta que, quase sempre, deve-se inverter o ônus da prova em favor do empregado, pois é o empregador quem detém, em geral, os meios de prova. Carlos Alberto Reis de Paula (2010, p. 113), na mesma linha, afirma que a inversão do ônus da prova "é uma das peculiaridades do processo do trabalho".

3.4 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA

Em sua origem, a teoria dinâmica parte de duas premissas: a desigualdade entre as partes em demonstrar o fato controvertido no caso concreto e a maior aptidão da uma delas em produzir a prova. O art. 6º, VIII, do CDC, por outro lado, aponta dois requisitos alternativos: a verossimilhança ou a hipossuficiência.

A hipossuficiência do CDC é de ordem probatória ou técnica, e não econômica como defendem alguns (RODRIGUES, 2003, pp. 210-211), e compreende os dois requisitos da teoria dinâmica: desigualdade de partes e aptidão para a prova. É hipossuficiente a parte que tem grande dificuldade para a produção da prova em relação à outra parte, que tem maiores meios de produzi-la.

A verossimilhança decorre de um juízo de probabilidade, em que os fatos deduzidos por uma das partes são provavelmente verdadeiros, se analisados com base em indícios e no que ordinariamente ocorre (máxima de experiência). A regra ou máxima de experiência "decorre do que normalmente acontece, fazendo parte da cultura normal do juiz" (MARTINS, 2003, p. 316). Ela gera uma "presunção natural que tem por fonte uma norma da experiência" (DAMASCENO, 1974, p. 35) e pode ser elidida com a prova em contrário.

Em sua origem, a verossimilhança não é requisito para aplicação da teoria dinâmica, "nem enseja a inversão do ônus da prova, na medida em que se situa na fase valorativa do juiz" (PACÍFICO, 2001, pp. 157-158). Todavia, o legislador do CDC quis dar a ela o mesmo tratamento da hipossuficiência probatória, mas permitindo contraprova. De qualquer sorte, também aqui a parte contra a qual incorre a presunção de veracidade do fato possui melhor aptidão para a produção da prova. A outra, por outro lado, encontra maior dificuldade em demonstrá-lo e, por isso, sua afirmação, ancorada no que ordinariamente acontece, ganha a presunção de veracidade. Se a prova fosse fácil, não haveria motivo para a "facilitação da defesa" na exata dicção do art. 6º, VIII, do CDC.

Logo, ambas as hipóteses do CDC (hipossuficiência e verossimilhança) pressupõem que uma das partes está mais apta do que a outra para a produção da prova, razão para a desigualdade concreta entre elas em comprovar o fato controvertido. Esses requisitos (aptidão para a prova e desigualdade real das partes) estão presentes nas situações que requerem prova diabólica.

Danilo Knijnik (2006, pp. 947, 950-951) descreve algumas situações em que incide a teoria dinâmica: a) um litigante detém o conhecimento especial sobre o fato objeto da prova (ex. eficiência do EPI); b) o papel que a parte desempenhou no fato gerador da controvérsia, por ser o único que está com a prova (ex. anotações em folha de ponto); c) conduta culposa que privilegia um demandante (ex. discriminação velada); d) por violação dos deveres de cooperação do demandante privilegiado (ex. esconder documentos).

3.5 EFEITOS

A aplicação da teoria dinâmica enseja, na prática, a inversão do ônus probatório, não por mero arbítrio do juiz, nem para "compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado" (KNIJNIK, 2006, p. 947), mas em respeito aos princípios acima destacados. A parte que, pela teoria estática não tinha o encargo probatório, é chamada a colaborar com o juízo em face de sua maior aptidão em produzi-la. Nesse caso, o autor ou o réu são instados a produzirem provas, que podem ser contrárias a seus interesses.

A aptidão para a prova pode recair sobre fato negativo ou positivo. O réu, por exemplo, pode ser chamado a fazer prova negativa do fato constitutivo do direito do autor e este ter que demonstrar a ausência do fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito. A doutrina alerta para a dificuldade da prova do fato negativo. Não é crível exigir prova impossível do fato negativo, como no caso das negativas absolutas, de negativas de fatos indefinidos (LOPES, 2002, p. 34) ou diabólica reversa (KNIJNIK, 2006, p. 948). Isso inverte a lógica que justifica e embasa a teoria dinâmica. Ao contrário, a prova do fato

negativo ou positivo deve ser muito mais fácil de ser obtida do que o inverso.

3.6 O ANTEPROJETO DO NOVO CPC E A TEORIA DINÂMICA

O Senado Federal formou, em 2009, uma comissão de jurista para elaboração de um anteprojeto para um novo Código de Processo Civil. O texto original, apresentado em 2010, consagrava o princípio da aptidão para a prova como decorrência da isonomia processual e adotava a teoria dinâmica como exceção à teoria estática do ônus da prova.

Submetido à deliberação, o texto aprovado pelo Senado Federal (Projeto de Lei iniciado no Senado nº 166/2010) suprimiu a menção a esse princípio, mas manteve a igualdade de tratamento entre as partes, inclusive quanto ao ônus probatório, "competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório" (CHEHAB, 2011, p. 50). A regra geral chancelada era de aplicação da teoria estática do ônus da prova, possibilitando a incidência da teoria dinâmica (BRASIL, 2010, arts. 357 e 358).

A Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046/2010) manteve a previsão da aplicação da teoria dinâmica (BRASIL, 2014, pp. 434 e 485). A redação final do texto aprovado assegura "às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório" (art. 7º). Nas disposições acerca do encargo probatório, a teoria estática continua como regra geral, mas a teoria dinâmica é aplicável (art. 380, §§ 1ºe 2º) nos seguintes termos:

> *Art. 380. [...]*
> *§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.*
>
> *§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.*

Como o texto foi modificado, o projeto de lei do novo CPC foi devolvido ao Senado Federal, devendo, ao que tudo indica, ser mantida à menção da teoria dinâmica para atenuar o rigor da teoria estática do ônus da prova, especialmente no caso de prova diabólica.

4 O PROCESSO DO TRABALHO E A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A teoria dinâmica do ônus da prova tem incidência no Processo do Trabalho, por imposição constitucional, em face de princípios comuns com o Processo Civil, ou pela aplicação analógica do art. 6º, VIII, do CDC.

O acesso à Justiça, a igualdade entre as partes, a ampla defesa e o contraditório, e o devido processo legal, princípios insertos na Constituição, dependem da plena e da igual oportunidade das partes em produzirem as provas dos fatos que aduzem em juízo. A paridade real de armas, a lealdade, a veracidade e a boa-fé processuais e a colaboração

com a Justiça também estão presentes no Processo do Trabalho.

O art. 818 da CLT apenas traz uma regra geral sobre o ônus da prova, sendo silente acerca de suas peculiaridades. É costume aplicar, de forma majoritária e complementar, o art. 333 do CPC no cotidiano das lides trabalhistas. Nesse contexto, a facilitação probatória do art. 6º, VIII, do CDC guarda consonância com os princípios do Processo do Trabalho e têm lugar nas situações de desigualdade de armas entre as partes e a dificuldade real de uma delas em demonstrar o fato, também presentes nessas demandas. A teor do art. 769 da CLT, é possível a aplicação analógica desse dispositivo do CDC, como defende boa parte da doutrina (ex: TEIXEIRA FILHO, 2009, pp. 974-978).

O art. 818 da CLT apenas traz uma regra geral sobre o ônus da prova, sendo silente acerca de suas peculiaridades.

Guilherme Feliciano (2008, p. 111) afirma que a teoria dinâmica prevalece no processo do trabalho, devendo ser considerados aspectos como "a verossimilhança das alegações, as constelações de indícios, as funções do processo (instrumentalidade) e a ponderação harmônica dos direitos fundamentais em colisão". Defende, ainda, sua "especial aplicação" nas ações trabalhistas que envolvam o meio ambiente, a discriminação, a intimidade e a privacidade e o assédio sexual ou moral (FELICIANO, 2008, pp. 105-106).

Raimundo Simão de Melo (2006, p. 30) argumenta pela aplicação do art. 6º, VIII, do CDC em ações que discutem acidentes do trabalho, em face das estatísticas sobre a falta de prevenção e porque "é muito mais fácil para o empregador provar que cumpriu suas obrigações contratuais do que o empregado demonstrar o descumprimento das mesmas".

Elaine Vasconcelos (2005, p. 104) considera que, pela interpretação judicial, o encargo de comprovar a ausência de conduta discriminatória é dos acusados, quando houver "elementos de presunção acerca da veracidade dos fatos narrados na petição inicial". Em artigo publicado (CHEHAB, 2010, pp. 52-71), defendi a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova em processos de discriminação no emprego; examinei, em especial, a legislação da União Europeia (1997, art. 4º, p. 8), dos Estados Unidos (VALLEJO e MOURRAILLE, 2009, p. 14), da Espanha (1981) e de Portugal (2003); e destaquei a condenação imposta ao Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006) por, em processo judicial, exigir prova direta da discriminação em uma seleção de emprego de uma candidata afrodescendente.

Segundo publicação da OIT (2003, p. 70, § 196, tradução nossa):

> *Provar em um processo judicial que tem havido discriminação é difícil, ainda que não se pretenda demonstrar a intenção do imputado. Na maioria dos casos que versam sobre opções de contratação, demissão, remuneração e promoção, é o em-*

pregador que tem a informação pertinente. Nos casos de assédio sexual não costuma haver testemunhas. Assim, a fim de ajudar aos demandantes e proporcionar a realização de justo juízo, cada vez são mais os países que transferem ao empregador o ônus da prova para refutar as alegações uma vez que o demandante apresentou os primeiros indícios de discriminação.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) cancelou a Orientação Jurisprudencial nº 215 da sua Subseção I de Dissídios Individuais, que tratava do encargo probatório da satisfação dos requisitos para recebimento do vale transporte, por aplicar a teoria dinâmica, conforme lição do precedente assim ementado (BRASIL, TST, 2011):

> *[...] 4. VALE-TRANSPORTE. INDENIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. Este colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 215 da SBDI - 1, entendia ser ônus do empregado provar o preenchimento dos requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte. Contudo, revendo seu posicionamento, referida Orientação foi cancelada. Desse modo, pela própria teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, é notório que se apresenta mais propício ao empregador comprovar que o empregado não satisfez os requisitos para a concessão do vale-transporte que ao trabalhador provar que o satisfez. Nesse contexto, incumbe ao reclamado a prova de que o reclamante não satisfazia os requisitos para concessão dos vales-transporte, ônus do qual não se desincumbiu. Recurso de revista não conhecido.*
>
> *Há amplo campo para aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho, ante a dificuldade probatória que, normalmente, acomete uma das partes e a aptidão para a prova que a outra parte possui.*

5 PROCEDIMENTO

A rigor, a aferição de quem pertence o ônus de comprovar determinado fato é realizada pelo magistrado no momento do julgamento quando, não havendo demonstração da circunstância fática aduzida por uma das partes, é preciso decidir a lide (ônus da prova objetivo). Não haveria, a princípio, espaço para, na instrução processual (ou antes), indicar a parte mais apta para provar o fato controvertido.

Todavia, cresce no meio jurídico a ideia de que o Juiz não pode surpreender as partes. O anteprojeto do novo CPC abriga essa noção, ao vedar decisão com base em fundamento do qual as partes não tiveram oportunidade de se manifestarem e ao estabelecer que o Juiz deve oportunizar que a parte se desonere do ônus que lhe foi atribuído (BRASIL, 2014, arts. 10 e 380, § 1º, in fine, pp. 96, 435 e 485). Carlos Barbosa Moreira (1997, p. 306) adverte que as normas sobre a repartição do ônus probatório abrigam regras de comportamento destinadas aos litigantes. Para Luiz Guilherme Marinoni (2009, pp. 328-329):

> *A inversão do ônus da prova, em principio, deve dar à parte que originariamente não possui o ônus da prova a oportunidade de produzi-la. Nessa lógica, quando se inverte o ônus é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, sob pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. A inversão do ônus da prova, nessa linha, somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo.*

Em que pese a crítica de que a concessão dessa oportunidade pode indicar prejulgamento da lide, é aconselhável, no contexto atual da evolução do Direito, que o Juiz, diante da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, conceda a parte à possibilidade em produzir a prova. Para isso, há dois caminhos: uma advertência genérica, dirigida a ambas as partes, ou específica, considerando a particularidade da matéria em debate.

Na primeira hipótese, o Juiz, antes de iniciada a instrução processual, adverte as partes de que devem contribuir para a comprovação dos fatos controvertidos segundo a aptidão para a prova e/ou de que poderá ser aplicada a teoria dinâmica do ônus da prova (ou a inversão probatória) caso comprovada a dificuldade ou a impossibilidade na produção de determinada prova. Com isso, as partes têm ciência prévia de que a não apresentação de uma prova (não identificada) pode conduzir a uma eventual decisão contrária, segundo regras excepcionais de aferição do encargo probatório.

Na segunda situação, ante a peculiaridade do caso concreto, o Juiz noticia a outra parte de que ela é considerada apta a produzir a prova do fato determinado (de que incide a teoria dinâmica sobre ele ou de que há inversão probatória em seu desfavor), possibilitando, assim, que a apresente em juízo. O momento ideal para isso é antes da oitiva das testemunhas, podendo, a critério do Juiz, haver inversão na ordem dos depoimentos.

A lei ou a jurisprudência pacífica atribuem, em situações específicas, o meio de prova apto a demonstrar determinado fato, tais como: recibo de pagamento ou de depósito bancário, registro de horários para empregadores que possuem mais de dez empregados, termo de rescisão do contrato de trabalho (instrumento de rescisão ou recibo de quitação) homologado pelo sindicato profissional ou órgão do Ministério do Trabalho para empregado com mais de um ano de serviço e aviso de concessão de férias (arts. 74, § 2º, 135, 464 e 477, §§ 1º e 2º da CLT); determinação de exibição de prova documental no atual CPC (arts. 355 a 359) e acordo escrito para a compensação de horários na Súmula nº 85,

I, do TST. Nesses casos, é desnecessário haver prévia ciência de eventual aplicação da aptidão para a prova.

Algumas vezes, apenas durante os depoimentos ou no curso da instrução é que se percebe que se está diante de uma prova diabólica, que há indícios da verossimilhança da alegação de uma das partes ou que uma delas tem maior aptidão em apresentar uma prova em juízo. Mesmo aí, é conveniente oportunizar a produção da prova (documental ou oral), a partir de então, a quem estiver mais apto a fazê-la, ainda que não se mencione a inversão do onus probandi, o art. 6º do CDC ou expressões como "sob pena de confissão".

CONCLUSÃO

O Juiz é o destinatário da prova, que serve para demonstrar a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação. Não havendo prova, a solução do fato controvertido decorrerá da aplicação das regras pertinentes ao ônus da prova. O Processo Civil e o do Trabalho, porém, não estão presos às regras gerais e estáticas do ônus da prova inseridas nos arts. 333 do CPC e 818 da CLT. A moderna doutrina processual desenvolveu a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, que tem amparo constitucional, nos princípios do processo e na lei, e que considera a efetiva capacidade probatória das partes, especialmente nos casos de prova diabólica.

Como adverte Eduardo Cambi (2009, pp. 364-366):

> *O juiz não pode ser mero expectador do drama processual, mas [deve] assegurar concretamente os direitos dos cidadãos, os quais não podem ficar entregues à sua própria sorte e risco. O magistrado não se pode contentar com uma igualdade puramente formal entre os litigantes, tendo o dever de, ao dirigir o processo, assegurar às partes igualdade de tratamento e prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (art. 125, I e III, CPC). [...] Não se pode exigir de alguém provas além do que esteja ao seu alcance demonstrar, porque isso gera um ônus probatório diabólico. [...] Os direitos fundamentais, especialmente os de caráter social (art. 6º da CF), não podem ficar desprotegidos pela aplicação desmedida do art. 333 do Código de Processo Civil, a ponto de criar um ônus tão rigoroso ao demandante que torne impossível a tutela dos direitos materiais.*

As regras de ônus da prova não podem servir de obstáculo processual a tutela de direito, devem sempre considerar as possibilidades reais e concretas de cada parte em demonstrar suas alegações, e recaírem não necessariamente sobre quem alega, "mas sobre a que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio" (MALLÊT, 1999, p. 153).

A teoria dinâmica, que parte da premissa da desigualdade real de uma das partes e da maior aptidão de uma delas na produção da prova, tem especial aplicação no processo do trabalho. Ela prestigia a colaboração e a participação das partes, garante efetivo acesso à tutela jurisdicional adequada e efetiva; possibilita a igualdade de tratamento das partes não apenas formal, mas também real (paridade de armas), segundo as peculiaridades do caso concreto e em observância do devido processo legal.

A teoria dinâmica do ônus da prova tem aplicação quando a regra estática dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, estão em desconformidade com a Constituição Federal, acarretando "a inutilidade da ação judiciária e a vedação oculta de acesso efetivo ao Poder Judiciário" (KNIJNIK, 2006, p. 950). Por isso, sua incidência "atende ao escopo social do processo, que é eliminar conflitos mediantes critérios justos" (PAULA, 2010, p. 122).

Aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho, considerando a peculiaridade do caso concreto e a maior aptidão probandi de uma das partes, é medida de Justiça e que melhor atende ao Direito e aos direitos fundamentais insertos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AROCHENA, José Fernando Lousada. **La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral**. Disponível em <http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/1/395219.pdf>. Acesso: 23 ago. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Redação final ao Projeto de Lei de nº 8.046, de 2010**. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados. 27 mar. 2014.

_____. Senado Federal. Comissão Diretora. **Parecer nº 1.741, de 2010**. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85510&tp=1>. Acesso: 25 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no **Agravo em Recurso Especial nº 216.315/RS**. Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Diário de Justiça eletrônico de 6 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.286.704/SP**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Diário de Justiça eletrônico de 28 out. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 82900-49.2007.5.03.0143**. Segunda Turma. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 18 nov. 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, nº 31, 2005.

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. 4 ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1950, v. I.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. **Revista do TST**. Brasília: Lex Magister, v. 76, nº 3, jul.-set/2010.

_____. Projeto do novo Código de Processo Civil: algumas novidades que já podem ser utilizadas. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, a. XV, nº 341, abr./2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de Derecho Procesal Civil**. Madrid: Editorial Reus, 1925, t. II.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso nº 12.001**. Simone André Diniz vs. Brasil. Informe nº 66/2006. 21 out./2006. Disponível em: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_infinteresante/informe%20n%2066-06.htm>. Acesso: 25 ago. 2014.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, 3. ed. (póstuma). Buenos Aires: Depalma, 1993.

DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. A prova pela verossimilhança e o direito do trabalho. **Revista do TRT da 3ª Região**. Belo Horizonte: TRT da 3ª Região, nº 22, 1974.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Juspodivm, 2007, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial**. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1970, t. 1.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas: nº 32, 2008.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à Justiça e superar a propatio diabolica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LÓPEZ, Armando Porras. **Derecho Procesal del Trabajo**. Puebla: José Cajica Jr, 1956.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. **Revista do TST**. Brasília, v. 65, nº 1, out.-dez./1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. I.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 19. ed.. São Paulo: Atlas, 2003.

MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, v. 70, nº 1, jan./2006.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do Consumidor. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 86 abr.-jun./1997.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **La hora de la igualdad en el trabajo. Genebra: Oficina Internacional do Trabalho**, 2003.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova do Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PALACIO, Lino Enrique. **Manual de Derecho Procesal Civil**. 17. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

PAULA, Carlos Alberto Reis. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr: 2010.

PEYRANO, Jorge W.. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. In: MORELLO, Augusto M. (coord) e outros. **Lãs Responsabilidades Profesionales – Libro al Dr. Luis O. Andorno**. La Plata: LEP, 1992.

PORTUGAL. Ministério da Solidariedade e da Segurança Social. **Lei nº 99/2003**. Disponível em: <http://www.mtss.gov.pt/docs/Cod_Trabalho.pdf>. Acesso: 25 ago. 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. 2. ed. Montevidéu-Buenos Aires: Editorial IbdeF, 2002.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. I.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I.

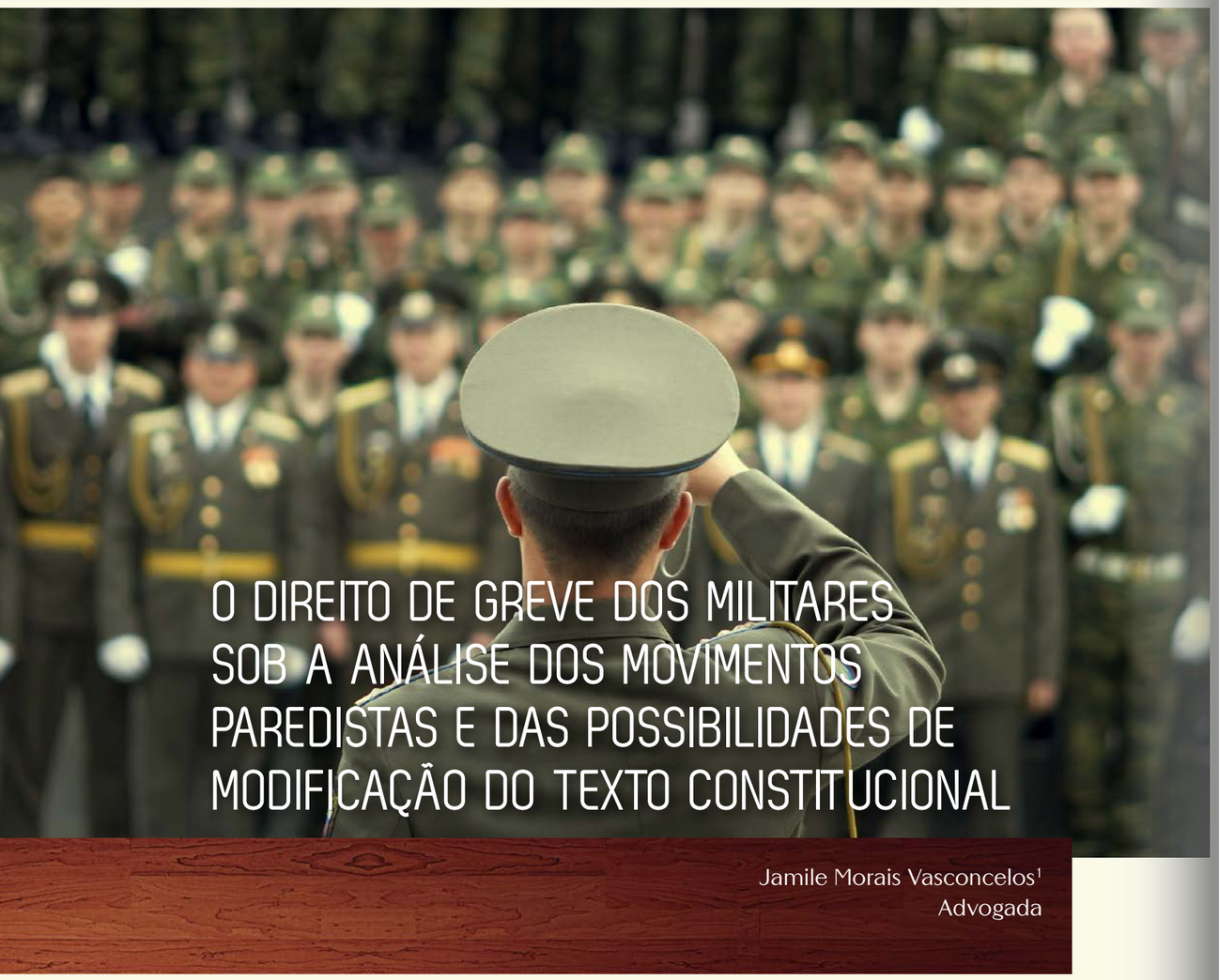
UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. **Diretiva nº 97/80/CE de 15/12/1997**. Official Journal of the European Communities. ed. em inglês. v. 41, legislação nº 14, 20/1/1998. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:014:0006:0008:EN:PDF>. Acesso: 23 ago. 2014.

VALLEJO, María Laura Rojas; MOURRAILLE, Camila Soto. **La carga de la prueba en casos de discriminación**. Bogotáa: Universidad de Los Andes, maio/2009.

VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. **Revista do TST**. Brasília, v. 71, nº 2, maio-ago./2005.

VIANA, Márcio Túlio. Critério para a inversão do ônus da prova no processo do trabalho. **Revista do TRT da 3ª Região**. Belo Horizonte: TRT da 3ª Região, jul./1993-jun./1994, nº 53. 1 CD-ROM.

VICENTINI, Fernando Luiz. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Jus Navegandi**. Teresina: jun. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24683/teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova>. Acesso em: 22 set. 2014.



O DIREITO DE GREVE DOS MILITARES SOB A ANÁLISE DOS MOVIMENTOS PAREDISTAS E DAS POSSIBILIDADES DE MODIFICAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Jamile Morais Vasconcelos[1]
Advogada

RESUMO

Este artigo analisa o contexto fático-jurídico em que estão inseridos alguns direitos trabalhistas dos militares, em especial, no que concerne à greve e à sindicalização, constitucionalmente proibidas (art. 142, § 3º, IV) no direito brasileiro. Ademais, salientam-se as manifestações militares paredistas que fragilizaram a validade do dispositivo constitucional, o qual, diante da pressão social recorrente, vem se mostrando insustentável. Nesse ínterim, o que se procura é a regulação do próprio direito de resistência desses trabalhadores que, atualmente, se veem tolhidos em suas pautas reivindicatórias, situação a qual, diante de um Estado garantista, demonstra a incoerência do dispositivo constitucional frente aos reais anseios da população, descompassando o texto do real sentido em que se deve pautar a norma, qual seja a justiça social.

1. Advogada (OAB/CE nº 27.830). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará em 2012.2. Contato:jamilemvasconcelos@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Militar. Greve. Proibição.

THE RIGHT OF MILITARY STRIKE UNDER THE MOVEMENTS AND THE POSSIBILITIES OF CONSTITUCIONAL TEXT MODIFICATION

ABSTRACT

This article examines the factual and legal context in which they are inserted some labor rights of the military, especially in regard to strike and unionize, constitutionally prohibited (art. 142, § 3, IV) in the Brazilian legal system. Moreover, we highlight the manifestations military of strikethat weakened the validity of the constitutional text, which, in the face of social pressure applicant, turns out to be unsustainable. Meanwhile, what is sought is the regulation's own right of resistance of these workers who currently find themselves hampered in their agendas claiming the situation which, before a garantist State demonstrates the incoherence of the constitutional provision against the real wishes of population, the text of contrasting real sense that should guide the norm, namely social justice.

KEYWORDS: *Military, Strike. Prohibition.*

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos pré-romanos, percebe-se, conforme relatos históricos, a preocupação em incitar nas condutas militares um rigor excessivo, em decorrência, principalmente, das próprias condições por que passavam os combatentes diante das lutas por terras e povos. Havia ocasiões, inclusive, em que os soldados precisavam formar verdadeiras barreiras humanas para protegerem seus territórios de batalha[2].

Sempre se exigiu daqueles que serviam à segurança das nações uma série de restrições físicas e psicológicas, as quais almejavam, de certo modo, a alienação dos combatentes em relação à sua própria condição massacrante.

Ademais, por estarem em frequentes situações de perigo, os jovens soldados eram expostos a diversas dificuldades de campo, as quais deveriam ser superadas de modo ágil e ausente de grandes reflexões, a fim de não prejudicar a condução rígida exigida das tropas combatentes.

Sendo assim, não cabia àqueles servidores o desenvolvimento de ideias, e, sim, o mero uso físico e brutal da força para obter vitórias, independentemente das condições em que se encontravam. Pelo contrário, quanto piores os meios de subsistência, mais qualificados estariam os combatentes.

No Brasil, entretanto, percebe-se que os militares passaram a se fazerem, de fato, presentes somente a partir do século XIX, tendo em vista a ocupação lusitana forte durante o período colonial, o que impediu a formação uníssona das tropas brasileiras (MANCUSO, 2008, p.8).

Vê-se, desse modo, que as Forças Armadas, no contexto brasileiro, ganham respaldo de formação nacional somente com a

2. "[...] Estes pontos nortearam, por conseguinte, algumas das ações desenvolvidas pelos romanos no campo político ao longo dos séculos I a III d.C. Observamos um longo processo de envolvimento das legiões romanas com as fronteiras orientais, notadamente nas províncias da Síria, Judéia, Arábia Petréia e com o reino da Armênia, além dos territórios disputados e invadidos por Trajano. Estas ações tinham os mais variados fins: defesa contra agressões partas, domínio de áreas de transito comercial, interferência na política externa, etc. [...]". BUENO (2007) apud BRAGA (2008, online)

independência do Brasil, herdando raízes portuguesas para a condução de seus servidores[3].

Nesse trilhar, a partir de sua formação, os militares tornaram-se protagonistas, em diversos episódios da vida pública brasileira, seja exercendo uma liderança indispensável nos acontecimentos que desencadearam a proclamação da República, em 1889, seja apoiando movimentos reformadores da política nacional, como o Tenentismo e a Revolução de 1930, seja assumindo, de fato, a direção política do País, conforme se deu no Golpe Militar de 1964, o qual gerou um regime autoritário e repressivo, até hoje criticado pelos principais historiadores e intelectuais da Nação.

De todo modo, apesar da entrada tardia dos "servidores da pátria" em papéis importantes da política no Brasil, eles se mostraram bem mais ativos do que as corporações militares de países europeus e dos próprios Estados Unidos. Senão, vejamos o que disciplina a mesma historiadora supramencionada, MANCUSO (2008, p. 7):

> *Por outro lado, as Forças Armadas no Brasil tiveram maior envolvimento em questões internas que nos países Europeus e nos EUA, desempenhando papel predominantemente político. Embora essa seja uma característica encontrada em muitos países originários de estruturas coloniais da América Latina, África e Ásia, no Brasil a história militar se confunde em muitos momentos com a própria história do país.*

Nesse contexto, percebe-se que, no Brasil, mesmo permeados pelas tradicionais restrições inerentes às condições de combatentes, a ativa participação dos militares na formação da história brasileira deu oportunidade a esses servidores de passarem por experiências políticas e sociais, de certo modo, não oportunizadas em outras nações.

A partir disso, é natural que se indague o porquê do tolhimento ao direito de greve dos militares, mantido na própria Constituição de 1988[4], haja vista a comprovação fática da classe em relação ao seu poder de transformação social de direitos.

3. Conforme registra ALCÂNTARA (2007, p. 36-37): "As Forças Armadas Nacionais passaram a existir na Proclamação da Independência, porém seu processo histórico de formação, no entanto, é bem anterior, tendo suas raízes no período colonial, nas lutas contra as invasões estrangeiras e no espírito das grandes navegações portuguesas".

4. Art. 142, § 3º, IV, CRFB : "[...] IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve."

Partindo dessa premissa, fizeram-se necessárias as breves considerações históricas aqui tecidas, a fim de embasar uma das pertinentes justificativas para a proibição do exercício paredista e sindical aos servidores públicos militares: o enquadramento dos militares como "cidadãos de segunda categoria".

O motivo desse rebaixamento, além das próprias e tradicionais condutas militares que sempre exigiram esforços absurdos dos cidadãos responsáveis por atividades relacionadas à segurança nacional, relaciona-se a certo revanchismo político no contexto de criação da Constituição Federal de 1988, por ter sido realizada logo após um longo período militar de opressões.

Ainda que se estivesse em uma transição democrática, ocupantes de altos cargos militares preocuparam-se em manter a suposta unidade e hierarquia rígida exigidas dos cidadãos que desempenhassem funções de sacrifício pelo País.

Até hoje, mesmo após mais de vinte anos da chamada "Constituição cidadã"[5], ainda prevalece a corrente doutrinária que sustenta a impossibilidade de greve dos servidores militares, alegando motivos de segurança nacional. O próprio ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Marco Aurélio Mello, esboçou sua opinião acerca do tema: "A greve é um tema social. Mas, neste caso, ela é inconstitucional, é ilegal. Se viesse uma lei legitimando o direito de greve de militares, ela fatalmente cairia no STF, seria julgada inconstitucional"[6].

Diante dessa ainda relutante aceitação dos juristas frente à extensão de direitos trabalhistas plenos aos servidores públicos militares, surgiram manifestações dos próprios trabalhadores, no caso, policiais e bombeiros, membros das Forças Militares Auxiliares, que, insatisfeitos com as condições laborais a eles disponibilizadas, fomentaram a discussão mais contundente do tema em análise neste artigo.

2 OS MOVIMENTOS MILITARES PAREDISTAS

Os anos de 2011 e 2012 foram marcados pela ocorrência de inúmeras greves ao longo do País, tendo seu ponto ápice quando os próprios militares paralisaram suas atividades nos estados do Ceará, da Bahia e do Rio de Janeiro. A classe, até então, tolhida em direitos trabalhistas, fez-se ouvir nacionalmente, pressionando governos por melhorias nas condições de trabalho e por salários mais dignos das atividades desempenhadas.

Mesmo de encontro ao que preceitua o texto constitucional no seu art. 142, § 3º, IV, os militares, organizados por meio das prematuras associações, entraram em greve, gerando um clima de insegurança nas populações dos estados brasileiros.

Infelizmente, a mídia pouco se importou em tecer maiores discussões acerca dos anseios dos servidores, preferindo enfatizar os excessos ocorridos durante os movimentos.

5. "[...] Repito: esta será a Constituição cidadã. Porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros...Esta Constituição, o povo brasileiro me autoriza a proclamá-la, não ficará como bela estátua inacabada, mutilada ou profanada [...]" – Trecho do discurso de Ulysses Guimarães em 27 de julho de 1987. (BONAVIDES, ANDRADE, 2004)

6. Notícia de 08-12-2012, no site G1: Greve de policiais militares é ilegal, afirma ministro do Supremo. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/02/greve-de-policiais-militares-e-ilegal-afirma-ministro-do-supremo.html>. Acesso em: 10 dez.2012.

É certo que os eventuais abusos ocorridos durante as temporadas paredistas ganham força quando um direito não é devidamente regulado, em especial, quando se trata de garantias trabalhistas. Com os militares, não poderia ser diferente.

Importante salientar, nesse contexto, o que leciona LIMA (2012, p. 89):

> *A realidade dos últimos anos, deparando-se com o achatamento dos soldos e a tacanha política salarial dos governos, aliados a outros problemas relacionados ao deficiente aparelhamento da Polícia, à jornada estafante e à falta de condições para desempenhar o arriscado serviço, dentre outros, tem se modificado. A proibição constitucional é enfrentada nos quartéis. Os policiais atropelam a Constituição, passam por cima das leis, pisoteiam as ordens judiciais e vão às ruas, de arma em punho, gritando palavras de ordem e cantando o hino de Geraldo Vandré, música símbolo do grito contra a ditadura.*
>
> *Apesar da interferência da população no episódio, não parece que ela tenha se solidarizado com a causa dos policiais. Agiu muito mais em defesa de seus próprios interesses (a segurança pública) do que sensível às reivindicações da Polícia. Interessante observar que a população recriminou o Governo, antes de fazer qualquer censura à atitude paredista dos policiais, uma postura bem diversa da adotada em face de outras categorias.*

Ademais, em 2011, bombeiros chegaram a ser presos no Rio de Janeiro, gerando imensas comoções sociais, por deflagrarem greve. Nessa ocasião, gerou-se sério mal-estar entre a população fluminense e o governador Sérgio Cabral, que, em primeiro pronunciamento, havia chegado a agredir os trabalhadores grevistas detidos mediante infelizes afirmações.

Na Bahia, também no início de 2012, os militares entraram em greve. Sem tanto apoio da população, eles tiveram de conviver com inúmeras críticas ao movimento, em especial, devido aos inúmeros casos de abusos cometidos pelos grevistas durante a paralisação.

Outros Estados, como Rondônia e Maranhão, passaram por manifestações militares, mas não tiveram tanta visibilidade midiática como as anteriormente citadas.

Nesse cenário, percebe-se que os militares passaram a questionar, fortemente, o próprio sistema político e hierárquico em que estão inseridos, desprendendo-se das

No Ceará, houve, no início de 2012, o que muitos chegaram a chamar de greve exemplar dos policiais militares e bombeiros. Chegou-se a decretar estado de emergência, devido à adesão maciça dos ligados às corporações. A própria população, diante do caos instalado nas cidades, pressionou as autoridades competentes a negociarem com os grevistas. Essa questão é bem trabalhada nas palavras de LIMA (2012, p. 91):

antigas estagnações ideológicas da cultura militar, as quais pretendiam forçar as corporações a aceitarem quaisquer condições a elas disponibilizadas, com vistas a não macular a famigerada segurança nacional.

Saliente-se que a atuação das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem é sempre subsidiária e só pode ocorrer eventualmente, em situações extremas, porque essa missão foi reservada constitucionalmente, em caráter primário, aos órgãos de Segurança Pública, como a Polícia Militar (SILVA, p. 701-705).

Logo, percebe-se que, dificilmente, os servidores diretos das Forças Armadas mostram-se ávidos por pleitear direitos trabalhistas, restando aos policiais militares, que desempenham ordinariamente a atividade de prezar pela segurança dos estados, organizarem-se para lutar pelas melhorias da classe.

Ademais, percebe-se que associações vêm sendo formadas para melhor organizar os militares, contornando a vedação constitucional ao direito de sindicalização.

De todo modo, devem-se retirar algumas lições desses acontecimentos paredistas ocorridos no Brasil nos últimos anos.

Primeiramente, tornou-se evidente a insatisfação dos militares frente às péssimas condições de trabalho, evidenciadas pela falta de organização da segurança pública no território brasileiro. Logo, não adianta forçá-los, nem mediante determinação judicial, a retomarem as atividades quando estão dispostos a legitimarem seu direito paredista.

Nesse sentido, é que se aponta a negociação coletiva como um instrumento essencial na construção dos direitos, notadamente diante de uma situação de crise como assim o é a paralisação de atividades trabalhistas.

Desse modo, punir os manifestantes, mediante prisões, mostra-se como a pior conduta a se ter durante um período já bastante tenso de negociações. Resta, assim, a concessão de anistia a todos os envolvidos, inclusive, sendo uma das condições impostas pelos grevistas à entabulação do acordo para o término da greve.

Ademais, percebe-se que associações vêm sendo formadas para melhor organizar os militares, contornando a vedação constitucional ao direito de sindicalização.

Enfim, pelo exposto, o fenômeno social acabou ultrapassando o próprio direito, já que a norma constitucional de proibição não tem mais como se legitimar pelos fatos frequentemente ocorridos. Faz-se urgente uma modificação no paradigma normativo-constitucional, sob pena de gerar cada vez mais insatisfações sociais que poderão culminar em novos episódios de insegurança e medo à população brasileira.

3 OS MEIOS DE MODIFICAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

A efetivação de um direito pode ser realizada de diferentes modos, desde a própria mudança no paradigma social até a elaboração da norma. Entretanto, a primeira opção

se mostra como uma medida, verdadeiramente, legítima para a modificação no ordenamento jurídico pátrio.

Os militares, por meio dos diversos movimentos ocorridos, em especial, a partir do século XXI, tentam pressionar as autoridades judiciais e legislativas a reverem o dispositivo constitucional exarado no art. 142, § 3º, IV.

Nesse contexto, urge analisar as formas de efetivar o direito de greve dos militares, trabalhando tanto com as proposições já iniciadas no âmbito legislativo quanto a partir do controle de constitucionalidade da norma originariamente constitucional, o que, apesar de ser uma teoria negada pelo STF, a mutação constitucional já pautada em alguns julgados da Corte denota semelhantes resultados.

3.1 O Controle de Normas Constitucionais

Primeiramente, cumpre explicitar a difícil possibilidade de reanálise do texto constitucional frente ao atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, pois, como uma possibilidade de aceitação do direito de greve aos servidores públicos militares, fazer-se-ia necessária uma revisão do conteúdo originário da própria Constituição Federal de 1988, a fim de torná-lo inválido, diante da falta de legitimidade fática.

Todavia, essa via de controle ainda se mostra distante de ser posta em prática em decorrência da posição do STF explicitada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815-3, julgada em 28/03/1996, tendo como Ministro relator Moreira Alves.

De todo modo, ainda que o Supremo mantenha-se resistente à teoria da inconstitucionalidade de normas constitucionais, cumpre analisar-se essa possibilidade de questionamento da validade de normas da Constituição, tendo em vista a necessária mudança de paradigma constitucional frente às pressões sociais.

Nesse sentido, vale salientar o que preceitua LARENZ (1997, p. 495):

> *De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, frequentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projetou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se 'ajustar' às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante como o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar.*

No caso do direito de greve dos militares, a ocorrência de movimentos paredistas envolvendo a classe já denota a insatisfação social com a proibição constitucional. Além disso, para que essas manifestações acontecessem, associações diversas foram criadas para tomar frente das reclamações trabalhistas dos militares, tendo em vista a impossibilidade de organização sindical.

Faz-se evidente, então, as inúmeras tentativas da classe militar de confrontar a legitimidade do

Art. 142, §3º, IV da CRFB/88. Logo, admitir a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo demonstraria a prevalência dos direitos sociais trabalhistas que permitem aos cidadãos se manifestarem contra condições laborais insatisfatórias e prejudiciais à dignidade dos trabalhadores.

Nesse sentido, é preciso ressaltar que a interpretação constitucional deve progredir junto aos apelos sociais que se forem impondo. Isso porque as leis, e a Constituição é uma delas, não podem ignorar a realidade que pretendem regular, sob pena de absoluta ineficácia dos seus preceitos[7].

A interpretação constitucional deve progredir junto aos apelos sociais que se forem impondo. A proibição da greve e da criação de sindicatos aos militares foi inserida da Constituição de 1988 após um longo período ditatorial em que autoridades militares estiveram no poder. Logo, naquele contexto de elaboração da norma pelo Poder Constituinte Originário, a legitimidade para o dispositivo era mais evidente, diante de todo o desgaste social com a classe das Forças Armadas e Auxiliares.

3.2 A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 186/2012

Após vinte e quatro anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, finalmente, o Congresso Nacional se manifestou no sentido de modificar o texto constitucional no que diz respeito à vedação do direito de greve e de associação sindical aos militares.

O Deputado Pastor Eurico encabeçou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC), a fim de modificar a redação do art. 142, § 3º, IV na seguinte forma:

> *As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:*
>
> *Art. 1º O inciso IV do parágrafo 3º do art. 142 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:*
>
> *IV – ao militar, nos termos e limites definidos em lei, são garantidos o direito à livre associação sindical e o direito de greve e de outras formas de manifestação coletiva; (NR)*

7. Nesse trilhar, preceitua MENDES; MÁRTIRES; BLANCO, 2009, p 91-92: "Apesar disso, cumpre insistir na advertência de Hans-Georg Gadamer, a nos dizer que o intérprete, para compreender o significado de um texto, embora deva olhar para o passado e atentar para a tradição, não pode ignorar-se a si mesmo, nem desprezar a concreta situação hermenêutica em que ele se encontra – o aqui e o agora – pois o ato de concretização de qualquer norma jurídica ocorre no presente e não ao tempo em que ela entrou em vigor.
Uma coisa é fundir os horizontes de compreensão do texto; outra, bem diversa, é desconhecer que a aplicação de toda norma jurídica tem em mira resolver problemas atuais, segundo critérios de valor que vigoram no presente, e por decisão de quem – hic et nunc – dispõe de legitimidade para criar novos modelos jurídicos ou simplesmente preservar a validade dos que foram editados anteriormente."

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Essa PEC encontra-se, desde junho de 2012, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados e, ao que tudo indica, demorará a ser votada em Plenário, a não ser que novos acontecimentos pressionem pela urgência de modificação do texto constitucional.

Na redação de justificativa para a propositura da PEC, são explicitados alguns argumentos acerca de convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, as quais garantem a liberdade sindical e a manifestação coletiva de todos os trabalhadores, independentemente da área que exerçam.

Merecem destaque alguns trechos da justificação:

A greve está inserida no direito de resistência, na categoria dos direitos naturais inerentes ao ser humano, dos direitos fundamentais do trabalhador, enquanto pessoa humana, dos direitos que dispensam normas para serem exercidos, pois todo o homem tem o poder-dever de lutar pelos seus direitos, de lutar pela melhoria das condições sociais [...]

É histórico, no âmbito das Forças Armadas, a lengalenga (sic) de que é necessário dar o exemplo, de sacrificar o militar em favor da Pátria – a qual tudo se dá e nada se pede –, que a hierarquia e a disciplina devem ser mantidas a todo o custo, que os militares devem manter-se disciplinados porque os Comandantes estão preocupados e levando ao Ministro da Defesa e ao Chefe do Poder Executivo as necessidades dos seus subordinados, que os Comandantes das Forças e o Ministro da Defesa são os legítimos representantes, os porta-vozes dos anseios dos seus subordinados.

Ora, sabidamente, isso não é verdade. A partir do momento em que os Comandantes das Forças e o Ministro da Defesa são da livre escolha e exoneração do Presidente da República, assim como as promoções dos oficiais generais são também submetidas ao crivo do Chefe do Executivo, é evidente que estes homens passam a representar este Poder perante os seus subordinados, e não os seus subordinados perante o Poder Executivo, como se apregoa pelos quartéis afora. [...]

Faz-se evidente, ao longo das justificativas, a preocupação do parlamentar em salientar a segregação nítida dada aos servidores públicos militares no que concerne ao tratamento dos pleitos trabalhistas comuns a todas as categorias laborais.

Atualmente, os militares, historicamente vistos com certa antipatia frente ao período ditatorial extenso por que passou a política brasileira, acabaram sendo tolhidos na sua própria liberdade de expressão diante das precárias condições que assolam a segurança pública no Brasil.

Ademais, a proposta apresentada abre azo à discussão acerca das autoridades que têm competência para expor as reclamações

trabalhistas da classe militar. Esses indivíduos pouco têm real interesse na melhoria fática da categoria, pois se mostram muito distantes da realidade da maioria dos policiais e bombeiros.

Nesse trilhar, deve-se destacar também a possibilidade de humanização dos servidores das Forças Armadas e Auxiliares caso fossem a eles permitidas as diferentes formas de manifestação trabalhista. Isso porque acarretaria uma aproximação dos militares a outras classes, o que evitaria confrontos violentos quando tivessem de conter movimentos grevistas de diferentes trabalhadores.

Desse modo, ao ampliar os seus direitos trabalhistas, a classe militar mostrar-se-ia mais atuante nas lutas sociais pelas melhorias das condições laborais, situação que seria benéfica para a própria formação dos chamados "servidores da pátria", os quais, com o tempo, flexibilizariam suas condutas no tratamento dos movimentos reivindicatórios.

Ao ampliar os seus direitos trabalhistas, a classe militar mostrar-se-ia mais atuante nas lutas sociais pelas melhorias das condições laborais.

Logo, espera-se que todas essas discussões sejam levadas a Plenário com a proposição legislativa do Pastor Eurico ora explicitada.

Espera-se que o Poder Legislativo dose os reais impactos da permanência da proibição do art. 142, § 3º, IV da CRFB, a fim de que se opte pelo avanço nos paradigmas interpretativos da nossa Constituição, com vistas a ampliar os direitos sociais aos militares, causa já fartamente pleiteada pela classe.

4 CONCLUSÃO

A partir das argumentações desenvolvidas neste trabalho, conclui-se que, de fato, a formação militar em muito contribuiu para a justificativa de tantas proibições no gozo dos diversos direitos trabalhistas às corporações.

Nesse trilhar, percebe-se forte influência histórica para o sustento da vedação do direito de greve aos militares. Entretanto, os novos servidores propiciaram a mudança na postura da classe frente aos meios de manifestarem suas reivindicações laborais à sociedade. Por isso, eclodiram diversos movimentos paredistas, marcadamente a partir do século XXI.

O próprio crescimento das manifestações trabalhistas no âmbito do serviço público exercido pelos civis foi um ponto importante para o fortalecimento da classe dos servidores públicos em geral. Logo, inevitáveis se mostram os novos anseios sociais no que concerne à permissão da greve e da sindicalização aos militares.

As sugestões explanadas neste estudo surgiram a partir de meios alternativos de pesquisa científica, como a vivência na área trabalhista, o que permite uma maior sensibilização para a causa grevista, bem como a tentativa de inserção de novas formas de modificação da validade constitucional, a fim de prevalecer o que melhor se adequar à realidade social.

Por fim, deve-se atentar para as péssimas conseqüências geradas à população brasileira pela falta de regulamentação do direito de greve dos militares, já que a classe, sem outras opções de negociação, tem de paralisar suas atividades em prol de obter conquistas salariais e qualificatórias.

Vê-se, então, que a norma constitucional vem se mostrando maléfica à boa condução do Estado garantista de direitos, haja vista a sua falta de legitimação fática. Faz-se necessária uma urgente modificação do texto ou da validade do art. 142, § 3º, em especial, a fim de mitigar futuros, estes, sim, ensejadores de resultados desastrosos para o País.

5 REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Fernando Diogo de. **Defesa do estado: as Forças Armadas nas constituições brasileiras: 1822/2004**. s.ed., 2007.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2004.

BRAGA, Ronaldo. **Da proteção dos direitos sociais dos servidores militares diante de limitações constitucionais.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n.60, dez 2008. Disponível em:<//www.ambitojuridico.com.br/site/indez.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5368> Acesso em 30 nov.2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Reformulada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Greve: um direito antipático**. Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n.11, p. 53-117, jan/jun. 2012. Disponível em: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/189/124>. Acesso em: 10 jan.2013.

MANCUSO, Amanda Pinheiro. **A HISTÓRIA MILITAR: notas sobre desenvolvimento do campo e a contribuição da História Cultural**, Grande Dourados: Revista História em Reflexão: v. 2, n. 4. Disponível em:
<http://www.historiaemreflexao.ufgd.edu.br/A4/A%20Historia%20Militar%20notas%20sobre%20o%20desenvolvimento%20do%20campo%20e%20.pdf>. Acesso em: 3 nov.2012.

MENDES; MÁRTIRES, BLANCO. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo:
Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3.ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.

LIBERDADE SINDICAL E DIÁLOGO SOCIAL

Desembargador Julio Bernardo do Carmo[1]
TRT 3ª Região

In Memoriam[2]

O trabalhador só poderá conquistar uma vida digna e decente com o suor de seu trabalho se tiver a possibilidade , juntamente com seus colegas de profissão, de defender seus direitos sociais mínimos, além de poder participar de toda e qualquer política social que tenha como objetivo determinar e regulamentar as suas condições de trabalho.

Não pode ser olvidado que, em termos de Direito Coletivo do Trabalho, a união faz a força, já que um trabalhador sozinho, sem aliados, isolado no exercício de sua atividade profissional torna-se presa fácil para os inescrupulosos detentores do capital que não hesitam em sobrepor os lucros da empresa ao cumprimento rigoroso e metódico da legislação do trabalho, olvidando que todo e qualquer trabalhador tem sim o direito universal a uma vida decente.

Tome-se o exemplo clássico, sempre citado, do famoso feixe de varas, figurativamente demonstrando a força da união coletiva,

1, Julio Bernardo do Carmo é desembargador federal do trabalho presidente da 4a. Turma e da 2a. SDI do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região.

2. In Memoriam. Dedico o presente trabalho doutrinário a duas figuras notáveis do juslaborismo nacional, Alice Monteiro de Barros e Amauri Mascaro Nascimento, que dedicaram toda uma vida ao engrandecimento do Direito do Trabalho, através de um sacerdócio árduo e incansável, seja no magistério ou na magistratura, onde sempre brilharam pelas suas judiciosas lições de direito e que legaram para a posteridade obras jurídicas de grande envergadura que durante anos a fio moldaram a inteligência jurídica nacional.

onde facilmente seria possível ao patronato romper uma ou outra vara, não tendo força, todavia, para destruir o feixe inteiro.

E dentro desta perspectiva da união coletiva de trabalhadores, a partir de instrumentos legais postos à sua disposição pelo moderno Estado Democrático de Direito, sempre sob a tutela inafastável do sindicato de classe, representa um papel relevantíssimo a chamada liberdade sindical principalmente quando aliada ao imprescindível diálogo social, certamente, as ferramentas mais importantes propiciadas pelo Direito Coletivo do Trabalho para se alcançar um quadro estável de justiça social, de defesa e de reforço dos princípios democráticos que devem inspirar as nações livres do mundo civilizado.

O que se observa em muitos países do mundo é que as organizações sindicais, legítimas associações que representam e defendem os direitos sociais dos trabalhadores, não raro são objeto de ataques, principalmente nos países onde se adota uma política neo-liberal, pois divisam nessas incursões e intervenções à liberdade sindical típicas medidas necessárias para que se oponham freios e barreiras obsoletas para se alcançar a construção de uma pseudo economia moderna, estruturada nos moldes do livre mercado, onde o trabalhador é considerado um mero produto na obtenção da riqueza, reputando-o peça sem nenhum valor, onde despido de sua dignidade humana, é visualizado como mero fator de produção, quase um empecilho ao alcance dos indices otimizadores da prosperidade empresarial.

Diante da realidade irreversível da globalização no mundo moderno, onde as empresas procuram ao máximo obter lucros escorchantes em detrimento da real valorização do trabalho humano, os sindicatos são continuamente desafiados para não só adquirir uma melhor expressividade, que se mensura através do raio de ação de sua representatividade em face dos integrantes da categoria, como também são levados a intensificar ao máximo as possibilidades de um diálogo social.

> Vemos assim, pouco a pouco, sendo criadas instituições de amparo ao trabalho digno e decente.

Melhor representatividade e uso constante do diálogo social são as ferramentas imprescindíveis para que os sindicatos possam arrostar, de forma decente, uma heterogeneidade sempre crescente do mundo do trabalho, a qual exige respostas diversificadas e adaptadas a cada contexto social.

Se se observar sua criação e evolução nos diversos países do mundo, constata-se, de fato, que os sindicatos desenvolveram-se progressivamente em exato compasso com as alterações da economia mundial, tudo provocado e tendo como epicentro a Revolução Industrial, de cujo seio surgiram paulatinamente grandes conglomerados industriais.

O nível miserável de vida dos trabalhadores nesta fase de implementação da Revolução Industrial no mundo rendeu balizas

para que as relações coletivas de trabalho adotassem, pouco a pouco, uma fisionomia nitidamente institucional, assim estabelecida no âmago de cada nação, tudo coincidindo com a expansão e o aprofundamento da noção de democracia.

Vemos assim, pouco a pouco, sendo criadas instituições de amparo ao trabalho digno e decente, à medida em que se acirrava a exploração capitalista, cujo objetivo era explorar ao máximo a força de trabalho do ser humano, sem oferta de nenhuma contrapartida salutar, seja em termos de salários condizentes ou de condições seguras de trabalho, pois o que imperava nesse odioso mundo capitalista eram as mansardas do proletariado, massa servil que não conseguia retirar de sua força de trabalho o mínimo necessário para ter uma vida respeitosa.

Após a primeira guerra mundial, surgiram os primeiros sinais de uma tomada de consciência a respeito de uma coordenação de forças internacionais mais efetivas que passaram a atuar nos planos politicos e social, daí porque foram criadas simultaneamente em 1919, a Sociedade das Nações (ancestral das Nações Unidas) e a Organização Internacional do Trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou em 1948 e 1949 duas convenções que enunciam os principais elementos da liberdade sindical e do direito de organização dos trabalhadores, tendo igualmente realçado a importância da negociação coletiva.

A Convenção 87 (1918) consagra o direito dos trabalhadores e dos empregadores, sem prévia autorização, de constituir organizações de sua livre escolha, bem como o direito de nelas se inscrever, a par de estabelecer um conjunto de garantias que objetivavam o livre funcionamento das organizações de classe, devendo as autoridades públicas se absterem de toda e qualquer intervenção, não podendo seja dissolvê-las ou suspender pela via administrativa seu livre funcionamento.

A Convenção 98 (1949) prevê a proteção contra a discriminação sindical, a proteção das organizações de trabalhadores e de empregadores contra todos os atos de ingerência estatal em seu funcionamento, a par de adotar medidas objetivando promover e favorecer a negociação coletiva.

Em virtude dessa convenção, os trabalhadores devem se beneficiar de uma proteção adequada contra os atentados à liberdade sindical, especialmente contra toda e qualquer medida que tenha como objetivo subordinar o emprego de um trabalhador à condição de que não se filie a determinado sindicato, ou mesmo que dele se dissocie para obter o emprego, sendo que, de igual sorte, não podem ser discriminados ou pressionados em virtude de sua filiação sindical ou de sua participação em atividades sindicais.

No que pertine ao diálogo social, a própria Organização Internacional do Trabalho o define como inclusivo de todos os tipos de negociação ou pura e simplesmente a troca de informações entre os representantes do governo, os trabalhadores e os empregadores, no que pertine a questões de interesse comum ligadas à política econômica e social.

Esse modelo de diálogo social funcionou bem naqueles países que optaram pela adoção do Estado-Providência.

O Estado do bem-estar social foi colocado em xeque a partir dos anos 80, tendo como causa igualmente a queda ou influência de poder do bloco soviético que ocorreu no fim deste mesmo decênio, fazendo surgir concepções diferentes a propósito do papel do Estado, principalmente no âmago das relações existentes entre o capital e o trabalho.

Tais relações e concepções a respeito do verdadeiro papel do Estado no mundo da economia e do trabalho foram permitidas ou mesmo provocadas pelas alterações ocorridas nas relações de força existentes entre eles, e também pela evolução tecnológica dos meios de comunicação e de transporte, fatores que favorecem em grande medida a mundialização das atividades de produção, conjugadas ao recurso às subcontratações ocorridas nos países em desenvolvimento.

Esta subcontratação faz-se sentir em um primeiro momento naqueles setores onde predominava uma mão de obra desqualificada ou pouco qualificada, com disponibilidade assim de um bom mercado de trabalho, depois progressivamente em cenários diversificados que dependem de tal mão de obra, tida por um bom mercado de trabalho, já que não ostentava a proteção de uma legislação social ou de um direito do trabalho interventivo, não encontrando assim barreiras à expansão desse tipo de mercantilismo.

Tudo isso poderia representar a institucionalização de uma concorrência desleal ou mesmo o mero oportunismo de capitalistas atraídos pela possibilidade de lucros mais exorbitantes, aproveitando-se da miséria e da ausência de organização de países menos desenvolvidos ou que em meio a explosões de desenvolvimento econômico e de aquecimento de mercado, oferece bolsões de misérias compostos por trabalhadores não protegidos adequadamente pela legislação do trabalho, citando-se o exemplo da China e dos chamados tigres asiáticos.

Esta experiência de aproveitamento máximo de mão de obra barata em países que não contam com uma legislação social protetiva acaba gerando problemas de típica governança mundial, tendo os países mais evoluidos industrialmente sugerido medidas de combate ao dumping social, inclusive mediante a inserção de cláusulas sociais nos contratos internacionais de comércio, objetivando assim um equilibrio mais escorreito da livre competição por mercados, sem a ameaça da chamada concorrência desleal.

A idéia seria boicotar os países que adotassem esse tipo de concorrência desleal, impondo além de multas pecuniárias e indenizações, a chamada restrição de consumo de seus produtos no mercado mundial.

Trata-se de uma luta inglória porque os países mais desenvolvidos industrialmente são os primeiros a dar o mal exemplo de fazer instalar nos países carentes de proteção social e de legislação trabalhista eficaz as suas multinacionais, obtendo com tais artifícios lucros exorbitantes.

Surge daí a grande importância de uma internacionalização das organizações de trabalhadores, de sindicatos, que possam combater com armas eficazes a transnacionalização da finança.

Dentro deste contexto crucial de combate efetivo à transnacionalização da finança exerce papel decisivo o incremento do diálogo social entre as instituições representativas de trabalhadores e dos empregadores com os governos locais e internacionais objetivando o alcance por parte de todos os países de um nível de vida decente e digno de seus trabalhadores, livre do assédio e injunções de um capitalismo desvairado.

Em que consiste realmente o diálogo social ?

Como já foi ressaltado alhures o diálogo social é definido pela Organização Internacional do Trabalho como inclusivo de todos os tipos de negociação ou mais simplesmente como a troca de informações entre os representantes do governo, os trabalhadores e os empregadores a propósito de questões de interesse comum ligadas à política econômica e social.

O diálogo social pode existir sob a forma de um proceso tripartite, atuando o governo ora como parte oficial do diálogo ou pode também ser composto de relações bipartites entre trabalhadores e empregadores, atuando as organizações sindicais e patronais, com ou sem participação direta do governo.

A consulta pode ser institucionalizada ou informal, ou uma combinação de ambas.

A consulta pode ostentar um nível nacional, regional ou ser restrita ao âmbito da empresa.

A consulta pode ser interprofissional, setorial ou uma combinação de ambas.

Para que o diálogo social funcione, o Estado não pode adotar uma postura passiva, mesmo quando não figura como o ator direto no desenvolvimento do processo interativo.

A função precípua do diálogo é criar um clima politico e civil estável, que permita a organização de empregadores e de trabalha-

dores funcionar livremente, sem receio de represálias.

Mesmo naquelas situações onde as relações dominantes são oficialmente bipartites, é preciso que o Estado forneça uma peça de sustentação essencial às ações das partes envolvidas no diálogo, colocando à sua disposição mecanismos jurídicos e institucionais que lhes permitam agir de forma eficaz.

A intensificação desse diálogo para o plano internacional, objetivando um concerto entre as nações e os órgãos institucionais representativos de trabalhadores e empregadores pode em muito contribuir para a erradicação de atos antisindicais e do dumping social em escala mundial.

Muitos estudiosos já propagam que esta "globalização sindical" já se encontra em curso e cada vez mais se amplia, ou seja, sindicatos expressivos reagrupando um grande número de sindicatos nacionais são criados e estão em pleno desenvolvimento.

Cite-se como exemplo a criação em 2006 da Confederação Sindical Internacional (CSI), fruto da aproximação da Confederação Internacional dos Sindicatos Livres e a Confederação Mundial do Trabalho.

A Confederação Sindical Internacional (CSI) conta atualmente com 400 (quatrocentos) sindicatos que representam 200 (duzentos) milhões de trabalhadores.

Ela, a CSI, se coloca em posição de vantagem e de interlocutora de peso para encetar operações de lobbying junto a Instituições Multilaterais.

A CSI tem grande peso no cenário internacional e ocupa um território de lutas e reivindicações que se confronta de forma mais favorável com as grandes empresas multinacionais.

De fato, os sindicatos têm muitas dificuldades para se organizarem e também de adaptarem suas ações institucionais frente à volatilidade das atividades de empreendimentos transnacionais e de sua política econômica de subcontratações e de externalização de suas atividades mais essenciais.

Cita-se a miúde o exemplo das zonas francas, onde prevalece a mão de obra do bom mercado, majoritariamente feminino, que fica à mercê dos empreendedores internacionais, tudo com a cumplicidade dos governos-sede que aceitam e favorecem o surgimento dessas zonas francas totalmente desobrigadas do cumprimento de um direito do trabalho e fiscal tutelares.

Deve ser realçado igualmente nesse contexto a exploração impiedosa do trabalho dos imigrantes, um labor marginalizado porque cada vez mais emprendido sem

vínculo ou proteção social.

A preocupação aqui é com os trabalhadores imigrantes, costumeiramente explorados sob o manto da clandestinidade, cujo número se eleva em termos globais a 191 (cento e noventa e um) milhões de pessoas, sendo todos eles extremamente vulneráveis em face de sua exclusão social.

Muitos imigrantes trabalham na clandestinidade e escapam por meios artificiosos de seus arregimentadores do campo de visão dos sindicatos clássicos.

Eles – os imigrantes clandestinos são filiados ao imenso domínio da economia informal, que por definição designa atividades econômicas que, seja no aspecto da legislação ou da prática trabalhista, não são cobertos pelas disposições formais de proteção ao trabalho.

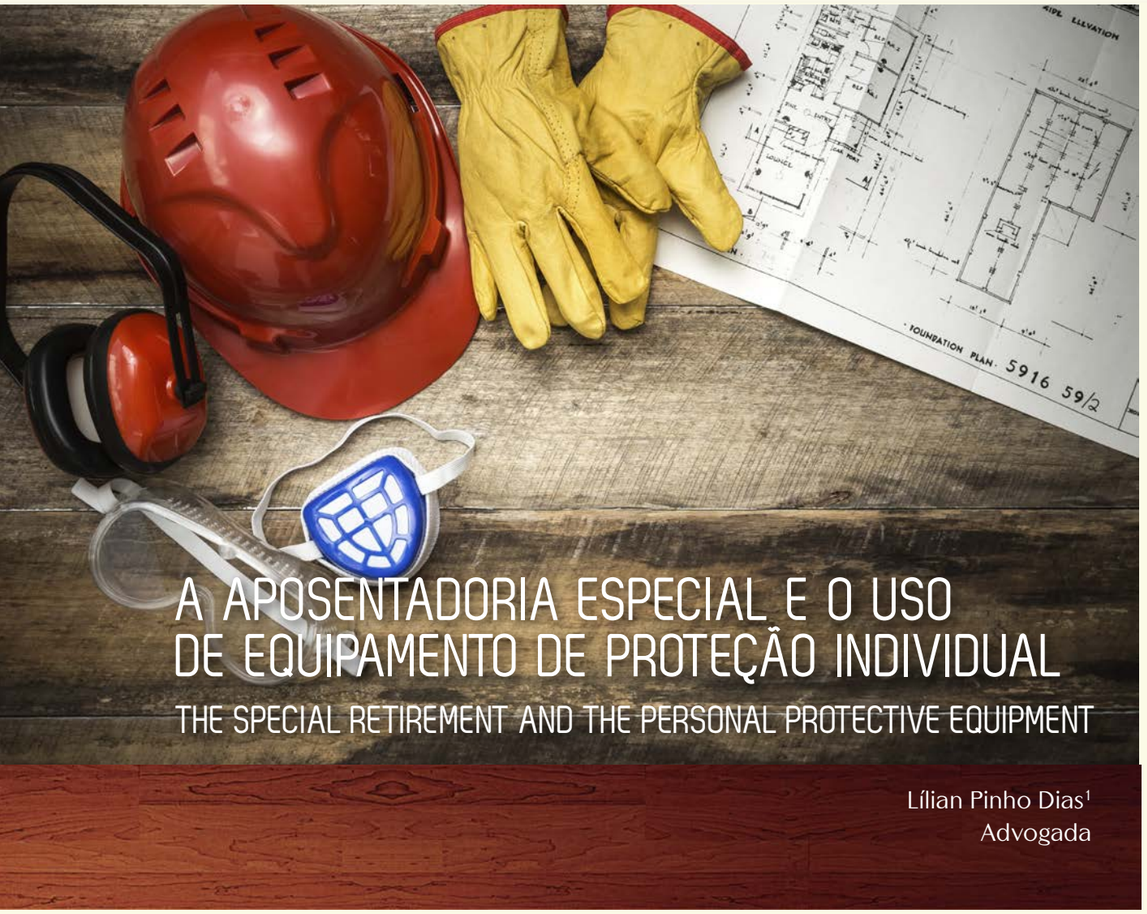
Os sindicatos reputam da mais alta importância constituir organizações no seio da economia informal, porque eles se deram conta de que torna-se inadiável aglutinar de forma mais organizada e institucional a mão de obra informal, não apenas porque tais trabalhadores alijados do mercado de trabalho constituem uma significativa massa operária de trabalhadores invisíveis e sem direitos, como também porque eles desejam estar em condições de negociar em favor de trabalhadores organizados segundo os tradicionais esquemas sindicais.

Vale ressaltar a dimensão enorme e multiforme dessa economia informal onde não se aplicam as proteções legais dos trabalhadores formais e onde são ressentidas organizações que possam reagrupar tais trabalhadores com o objetivo de perseguir uma qualidade de vida mais decente.

Se no âmbito do trabalho informal, degradante e clandestino, o diálogo social ainda não logrou práticas justas de um trabalho digno e decente, sua eficácia é cada vez mais intensa no âmbito do trabalho formal, se considerarmos que as boas práticas laborais foram alcançadas através desse meio de interação social, sendo exemplo disso, dentre inúmeros outros, a jornada de oito horas de trabalho, a proteção à maternidade, a proteção contra os acidentes de trabalho, o combate ao trabalho escravo e infantil e toda uma gama de direitos sociais dos trabalhadores que antes de se tornarem perenes nos textos legais incluiram o rol de lutas dos sindicatos de classes e de atores sociais comprometidos com a dignidade do trabalho humano.

Em suma a plena liberdade sindical associada ao diálogo social têm a grande virtude de alcançar para os trabalhadores, seja no âmbito formal ou informal, condições mais dignas de trabalho, procurando o ponto de equilíbrio entre o capital e trabalho, que há de sempre prestigiar a existência de um trabalho digno e decente.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2014.



A APOSENTADORIA ESPECIAL E O USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

THE SPECIAL RETIREMENT AND THE PERSONAL PROTECTIVE EQUIPMENT

Lílian Pinho Dias[1]
Advogada

RESUMO

O presente artigo trata da discussão, recentemente pacificada, acerca da concessão da aposentadora especial aos trabalhadores que tenham utilizado, quando da execução das atividades em ambientes que causam prejuízos à saúde e integridade física, o devido e eficaz equipamento de proteção individual (EPI). Há entendimento no sentido de que havendo fornecimento do EPI não se justificaria a concessão do benefício previdenciário, uma vez que o trabalhador não se sujeitou aos malefícios do ambiente nocivo – tese acatada pelo Supremo Tribunal Federal. Há, ainda, os que advogam ser devida a referida aposentadoria, mesmo no caso de uso efetivo do EPI, uma vez que esse não é capaz de anular, em absoluto, os efeitos maléficos do ambiente inadequado, prestando, pois, o benefício, a reparar devida e exatamente, o prejuízo causado ao obreiro. O Supremo Tribunal Federal acolheu o pedido de Repercussão Geral suscitado pelo Instituto Nacional da Previdência Social, e a matéria, que foi objeto de apreciação pela Corte Suprema no último dia 09, foi concluída.

RESUME

This paper discusses about the, recently pacified, granting of special retirement to workers who have used during the implementation of activities in environments that damage physical health and integrity, proper and effective personal protective equipment (PPE). There is understanding in the sense that there is provision of PPE does not justify the granting of social security benefit since the worker is not subjected to the harmful effects of harmful environment - heeded thesis by Federal Court of Justice. There are also those who advocate that be due to retirement, even if effective use of PPE, as this can not cancel at all, the harmful effects of inappropriate environment, providing, for the benefit, repair properly and accurately, the injury to the worker. The Supreme Court accepted the request of General Effect raised by the National Institute of Social Security, and the matter, that was object of apreciattion by the Supreme Court.

PALAVRAS-CHAVE: Seguridade Social. Direito Previdenciário. Benefício previdenciário. Aposentadoria Especial. Equipamento de proteção individual. Concessão da aposentadoria especial. Atividade especial. Ambiente inadequado. Ambiente insalubre. Súmula Turma Nacional de Uniformização do Juizado Especial Federal. Repercussão Geral aposentadoria especial e uso de equipamento de proteção individual. Agravo em Recurso Extraordinário n. 664.335.

KEY-WORDS: *Social Security. Social Security Law. Social security benefit. Special retirement. Personal protective equipment. Granting of special retirement. Special activity. Inappropriate environment. Unhealthy environment . Precedent Class National Standardization of Federal Special Court. General Repercussion special retirement and personal protective equipment use. Grievance in extraordinary appeal n. 664.335.*

1 – INTRODUÇÃO

O presente artigo, em que pese a recentíssima decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo[2], visa expor as teses que foram abordadas a favor e contra a concessão da Aposentadoria Especial quando do fornecimento efetivo do Equipamento de Proteção Individual – EPI, ou seja, quando o ambiente de trabalho é inadequado, porém, os respectivos malefícios não atingem concretamente o trabalhador, em virtude do EPI efetivo que neutralize seus efeitos.

A cizânia então existente passa a não ter mais razão ante a decisão definitiva da Corte Suprema, a qual fixou "(...) teses que deverão ser aplicadas a pelo menos 1.639 processos judiciais movidos por trabalhadores de todo o País que discutem os efeitos da utilização de Equipamento de Proteção Individual (EPI) sobre o direito à aposentadoria especial."[3]

1. Lílian Pinho Dias, advogada, especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp; professora de Direito do Trabalho e Seguridade Social no curso técnico Pronatec, na Rede de Ensino CECON/MG.

2. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 664335.
3. http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=281259

Assim, no presente artigo, serão expostas as correntes, o posicionamento do Tribunal Nacional de Uniformização do Juizado Especial Federal, a decisão final do STF, a tese de proteção à saúde do trabalhador que, conjuntamente, à observância do princípio da prévia fonte de custeio, não enseje o pagamento, às custas da Previdência Social, de uma situação inexistente.

2 – A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL E O USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

A aposentadoria especial é um benefício previdenciário pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ao beneficiário segurado que tenha desempenhado suas atividades laborais em ambiente inadequado, assim considerado aquele prejudicial à sua saúde ou à integridade física.

O fator determinante da concessão deste benefício é o exercício em ambiente insalubre que, em razão da exposição à associação de agentes físicos, químicos ou biológicos, gera um desgaste na vida do obreiro[4]. Por esta razão, a lei busca reparar financeiramente o trabalhador concedendo-lhe aposentadoria após um período reduzido de labor.

A título de exemplo, cita-se os ruídos, vibrações, calor e pressão anormal, como agente nocivo físico; névoas, poeira, gases, como químicos; bactérias, fungos e parasitas como agentes biológicos.

Com efeito, segurados que tenham trabalhado nas situações acima mencionadas possuem o direito de aposentar-se aos vinte e cinco, vinte ou quinze anos[5], conforme o caso, como forma de reparação pelo dano decorrente das condições especiais.

A discussão então travada era se o trabalhador que executa atividades em ambiente prejudicial, mas que recebe EPI efetivo que neutralize os efeitos pejorativos do ambiente, faria ou não jus à aposentadoria especial.

Para parte da doutrina a mera exposição ao risco seria um fator de concessão, pois "(...) independe do atingimento da capacidade laboral."[6]. Ou seja, seria absolutamente prescindível a demonstração do concreto prejuízo físico, sendo suficiente a comprovação da potencialidade de sua ocorrência, o risco. Assim tem se manifestado a doutrina, conforme se segue:

> *(...) o direito ao benefício dispensa, por parte do interessado, a prova de ter havido tal prejuízo físico, bastando, consoante filosofia da lei, a mera possibilidade de sua ocorrência, isto é, a probabilidade de risco."*[7]

Os Tribunais Regionais Federais já proferiram inúmeras decisões neste sentido, entendendo que os EPIs têm bastado, apenas, para reduzir os efeitos pejorativos do labor em ambiente nocivo, de modo que o seu uso não descaracteriza, pura e simplesmente, a natureza especial da atividade.

4. Desde a edição do Decreto n. 2.172/97 (que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social), não se considera mais como atividades especiais as atividades penosas e perigosas, mas tão somente as insalubres. No entanto, o STJ entende que esta restrição não goza de base legal, razão pela qual reconhece a natureza especial de atividades que exponha em risco a integridade física do trabalhador em ambiente periculoso. Cita-se o julgado no Recurso Especial n.1.306.113/SC.

5. Referido tempo foi instituído em 1960, através da Lei n. 3.807/60, e a partir de então, foi mantido pelas legislações subsequentes.

6. HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 207.

7. MARTINEZ, Wladimir Novaes. Questões atuais envolvendo a aposentadoria especial, in Revista de Previdência Social, n. 217, dez/1998, p. 1.049-1.055

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ELETRICITÁRIO. COMPROVAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE PPP E DE LAUDO TÉCNICO PERICIAL. UTILIZAÇÃO DE EPI. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DA INSALUBRIDADE. JUROS DE MORA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRITÉRIOS

1. Pretensão de aposentadoria especial, mediante o reconhecimento do tempo de serviço de natureza especial, compreendido no período de 27/06/1986 a 27/07/2012, cujo pleito foi deferido pelo MM. Juiz sentenciante.

Omissis

8. O uso de EPI não descaracteriza a atividade como insalubre. A prevalecer o entendimento do Instituto Nacional do Seguro Social, em verdade, que dariam os trabalhadores, na contramão da política nacional de segurança do trabalho, estimulados a não usarem o EPI, haja vista que o seu uso afastaria o direito à aposentadoria especial (ou à contagem do tempo de serviço em condições especiais).

Omissis. (grifos nossos)[8]

O Enunciado 21 do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), reza que o mero fornecimento do EPI não é capaz de considerar como não exposto o trabalhador a agentes nocivos, pois deve-se analisar todo o ambiente de trabalho. In verbis.

> *O simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho. (grifos nossos)*

O Tribunal Superior do Trabalho, por seu turno, também segue esse pensamento, evidenciado na Súmula 289:

> *INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003*
>
> *O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado. (grifos nossos)*

8. ACÓRDÃO - Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região. Classe: Apelação / Reexame Necessário - Número do Processo: 08012287320134058300. Código do Documento: 342984. Data do Julgamento: Órgão Julgador: Quarta Turma Relator: Desembargador Federal Bruno Teixeira (Convocado).

Por fim, a Súmula 09 da TNU, especificamente quanto ao agende nocivo "ruído" dispõe que:

> O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado. (grifos nossos)

Para esses posicionamentos – outrora cristalizados, o fornecimento ou não do EPI seria indiferente para fins de caracterização do labor em ambiente insalubre, bastando a simples circunstância de sê-lo inadequado para resultar na concessão da Aposentadoria Especial.

Antes, todavia, de mencionar o entendimento oposto ao acima asseverado, é salutar destacar a finalidade do benefício especial, conforme as lições de Maria Lúcia Luz Leiria:

> A finalidade do benefício de aposentadoria especial é sua SAÚDE, reduzindo o tempo de serviço/contribuição para fins de aposentadoria. Tem, pois, como fundamento o trabalho desenvolvido em atividades ditas insalubres. Pela legislação de regência, a condição, o pressuposto determinante do benefício está ligado à presença de agentes perigosos ou nocivos (químicos, físicos ou biológicos) à saúde ou à integridade física do trabalhador, e não apenas àquelas atividades ou funções catalogadas em regulamento[9]. (grifos nossos)

Percebe-se, pois, claramente, que o foco do benefício especial em análise é a saúde do trabalhador, o que é corroborado pelo ordenamento jurídico, notadamente pela Constituição da República (CR), no inciso XXII, do art. 7º, ao deixar claro a necessidade de normas de saúde, higiene e segurança que reduzam os riscos inerentes ao trabalho.

Deste modo, o primordial não seria discutir-se o deferimento ou não de aposentadorias desta natureza, mas sim a fundamental proteção à integridade físico-psíquica do obreiro evitando-se a sua exposição a agentes nocivos, protegendo-o dos malefícios laborativos e poupando-o das consequências desfavoráveis.

Ocorre, no entanto, que não se verifica no Brasil a adoção do sistema de proteção à saúde do empregado, mas sim a prática diuturna do método denominado "Monetarização do Risco", que consiste em compensar o trabalho exercido em condições especiais, contrariando toda a sistemática protetiva.

Os índices de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais apurados (vide anexo), demonstram dois pontos essenciais, quais sejam, a ineficácia do sistema de compensação – uma vez que não elimina e, menos ainda, inibe as agressões à saúde do trabalhador; e que o sistema não está realmente focado na proteção à saúde do trabalhador, pois, se assim estivesse, diante dos índices alarmantes, teria adotado medida interruptiva dos danos à saúde laboral e não permitido o crescimento das reparações.

9. LEIRIA, Maria Lúcia Luz. Direito previdenciário e estado democrático de direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 164.

É mister a aplicação concreta, imediata e efetiva das normas de proteção à saúde e não a concessão de benefício previdenciário que repare o dano já impingido. Este é o objetivo principal da lei e a prova disto é que cessado o contato com o agente agressor, não é mais devido o pagamento de adicional.

Caso o fornecimento do EPI seja eficaz e neutralize a nocividade do meio ambiente de trabalho, torna-o, pois, como se abaixo dos limites de tolerância – estabelecidos no art. 68 do Decreto 3048/99[10], estivesse o trabalhador, já que ele não sofre os reflexos do ambiente nocivo.

É mister a aplicação concreta, imediata e efetiva das normas de proteção à saúde e não a concessão de benefício previdenciário que repare o dano já impingido.

Diante desta visão, um trabalhador que atua em ambiente inadequado, mas que, no entanto, usufrui de EPI eficaz que neutraliza a nocividade do ambiente laboral, não faria jus ao recebimento da aposentadoria especial. Este, inclusive, é o novel posicionamento do STF, externado nos autos do ARE nº 664335 que, por decorrer de decisão com repercussão geral[11], vincula todos os demais órgãos do poder judiciário[12].

Ora, como já salientado, hodiernamente nota-se que o preceituado pelo Princípio da Proteção tem sido olvidado em favor da monetarização do risco. O Princípio da Precedência da Fonte de Custeio, por sua vez, também acaba sendo ignorado neste caso, já que ao se conceder o referido benefício, sem ter havido a contraprestação do empregador no caso de EPI neutralizador, o prejuízo estaria sendo de toda a sociedade.

A palpitante decisão do Supremo parece ter se atentado para esta realidade, haja vista que a partir de agora o Princípio da Isonomia, outrora desrespeitado, não mais o será já que empregados que laborem em ambiente não insalubre não farão jus, igualmente, a aposentadoria especial.

Explica-se: com toda a cizânia doutrinária, até a publicação da decisão do STF, empregados sem os efeitos maléficos do ambiente laboral – seja porque efetivamente nele não executavam suas atividades, seja porque utilizavam EPI eficaz –, gozavam de tratamento diferenciado, pois, aquele que laborava em atividades prejudiciais, porém, com uso efetivo de EPI (logo, sem sofrer os efeitos maléficos do ambiente), fazia jus a aposentadoria especial pelo mero fato de ter estado exposto a tal ambiente, em contrapartida, aquele que também não sofria os efeitos maléficos do ambiente, desta vez pelo fato de em tal local não atuar, não possuía este direito.

10. O anexo IV do Decreto traz a relação (enumerativa e não exaustiva) dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos. Ele é mencionado no caput do art. 68 do Decreto.

11. As decisões proferidas em sede de Recurso Extraordinário geram eficácia erga omnes e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário na solução de casos cuja discussão seja idêntica ao apreciado pelo STF.

12. Vide artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Mesmo havendo toda a desarmonia acerca do tema, muitas decisões já acompanham este último entendimento. In verbis.

> *Ementa: ATIVIDADE ESPECIAL. EPI EFICAZ. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO NA TURMA RECURSAL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. PREJUÍZO NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ANULAÇÃO DE OFÍCIO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. 1. Período de 13/07/2001 a 30/09/2002. O acórdão recorrido considerou que a exposição a agentes químicos ficou descaracterizada por causa do uso de EPI – equipamento de proteção individual. O autor arguiu divergência jurisprudencial apontando acórdãos paradigmas segundo os quais o uso de EPI não descaracteriza atividade especial. 2. O pedido de uniformização de jurisprudência envolve a seguinte questão: o fato de o trabalhador utilizar equipamento de proteção individual (EPI) capaz de reduzir os efeitos nocivos de um agente insalubre afasta o seu direito à contagem do tempo de serviço especial para a aposentadoria? No Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335, de relatoria do Ministro Luiz Fux, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional à luz dos artigos 195, § 5º, e 201, caput e § 1º, da Constituição Federal. A decisão representativa a ser proferida pelo STF condiciona o julgamento do pedido de uniformização. Caso a Corte entenda que o reconhecimento de atividade especial sem correlata obrigação do empregador em recolher a contribuição adicional para o SAT ofende o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial e da necessidade de prévia fonte de custeio, o uso de EPI eficaz deverá ser levado em conta para descaracterizar o enquadramento da atividade especial. 3. Período de 01/10/2002 a 12/10/2009. O requerente alegou que o acórdão recorrido não reconheceu a aplicação do fator 2,33 para conversão de atividade especial em comum. Ocorre que, especificamente em relação a esse período de tempo de serviço, o acórdão recorrido não analisou qual seria o fator de conversão aplicável. A sentença reconheceu atividade especial nesse período e condenou o INSS a convertê-lo em tempo comum mediante a utilização do fator de multiplicador 1,40. O autor interpôs recurso inominado pedindo a aplicação do fator de conversão 2,33. E o acórdão ficou omisso nesse ponto. 4. Omissis. 5. Acórdão anulado de ofício. Prejudicado o pedido de uniformização de jurisprudência. Baixados os autos à Turma Recursal de origem, o processo deverá ficar sobrestado até o STF julgar o recurso representativo de controvérsia sobre o uso de EPI eficaz (ARE nº 664.335).*[13] *(grifos acrescidos)*

13. Processo PEDILEF 50102600720124047009 PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL Relator(a) JUIZ FEDERAL LUIZ CLAUDIO FLORES DA CUNHA Sigla do órgão TNU Data da Decisão 12/06/2013 Fonte/Data da Publicação DOU 28/06/2013 pág. 114/135 Decisão Acordam os membros da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, por maioria, anular o acórdão recorrido e declarar prejudicado o incidente de uniformização.

Por fim, e não menos importante, é salutar destacar que se o próprio direito do trabalho, cujo caráter é mais protetivo que a Seguridade Social, entende que a concessão de EPI efetivo afasta o pagamento do respectivo adicional de insalubridade[14], consoante se depreende dos termos do item 15.4.1 da NR-15 da Portaria 3214/78[15] e art. 191 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.[16], conclusão diversa geraria uma incoerência no ordenamento jurídico, que é UNO.

Diante das assertivas acima, com a devida vênia, os posicionamentos contrários terão que se curvar, pelo menos em concreto, à recentíssima decisão proferida pelo Pretório Excelso, cujos termos seguem:

> *"o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo à concessão constitucional de aposentadoria especial"*[17] *(destaques nossos).*

Contudo, na eventualidade de haver dúvidas sobre a real eficácia do EPI, a manifestação já estampada no acórdão prolatado é a de que deverá ser reconhecido ao benefício previdenciário em homenagem ao Princípio do In Dubio pro Operario.

14. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EPI. IDENTIFICAÇÃO DO FABRICANTE OU IMPORTADOR E FALTA DO CERTIFICADO DE AUTORIZAÇÃO. A existência ou não do nome do fabricante ou importador, no equipamento, não foi prequestionada (Súmulas nºs 126 e 297 do TST). Reconhecida a plena eficácia do EPI fornecido pela reclamada, ainda que o equipamento não se apresente com o certificado de autorização do Ministério do Trabalho, o caso bem se enquadra na hipótese de neutralização por medida de ordem geral (art. 191 da CLT c/c o item 15.4.1 da NR-15), vez que constatada a proteção ao trabalhador. A autorização oficial pressupõe a garantia de proteção. Porém, a proteção eficaz deve prevalecer sobre as formalidades legais, tendo em vista que se coaduna com a própria previsão legal. Agravo de instrumento a que se nega provimento. [TST. Processo: AIRR 5976600212002502 5976600-21.2002.5.02.0900 Relator(a): Pedro Paulo Manus Julgamento: 27/08/2008. Órgão Julgador: 7ª Turma, Publicação: DJ 05/09/2008.] (grifos acrescidos).

15. 15.1 São consideradas atividades ou operações insalubres as que se desenvolvem:

15.4.1 A eliminação ou neutralização da insalubridade deverá ocorrer:

a) com a adoção de medidas de ordem geral que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;

b) com a utilização de equipamento de proteção individual.

15.4.1.2 A eliminação ou neutralização da insalubridade ficará caracterizada através de avaliação pericial por órgão competente, que comprove a inexistência de risco à saúde do trabalhador. (grifos acrescidos)

16. Art . 191 - A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:

I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;

II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.

17. Trecho contido na fundamentação do acórdão.

CONCLUSÃO

O tema ora discutido justifica-se apenas em sede doutrinária, não sendo, por ora, capaz de contribuir para um deslinde diverso da decisão exarada, recentemente, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE 664335, haja vista o respectivo trânsito em julgado ocorrido em 04 de março do corrente ano. Entretanto, o peso dos argumentos dissonantes, futuramente, pode sim ensejar a mudança de entendimento, pois o Direito é uma ciência aberta a ajustes e está, a todo o tempo, buscando efetivamente concretizar a justiça e levar a igualdade entre os cidadãos, extirpando as injustiças e desigualdades porventura detectadas.

O que não se pode é permitir que o trabalhador efetivamente atingido pelo ambiente inadequado sofra unilateralmente as consequências pejorativas do labor, da mesma forma que jamais se poderá impingir à autarquia federal o pagamento de aposentadoria especial àquele que em situação maléfica não estava, sob pena de se ferir a preconizada isonomia constitucional, bem como a precedência da fonte de custeio já esplanadas.

Sendo assim, no presente momento, diante do teor da decisão proferida pela Corte Suprema, a desavença doutrinária sobre o tema objeto do presente artigo, até surgimento de eventual mudança legislativa, terá que se manter exclusivamente na seara doutrinária, posto que concretamente imperará os comandos da maior instância do poder judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. In: GARCIA, Leonardo de Medeiros (Coord.). Coleção Sinopses para concursos. 3. ed. Juspodium: Bahia, 2013.

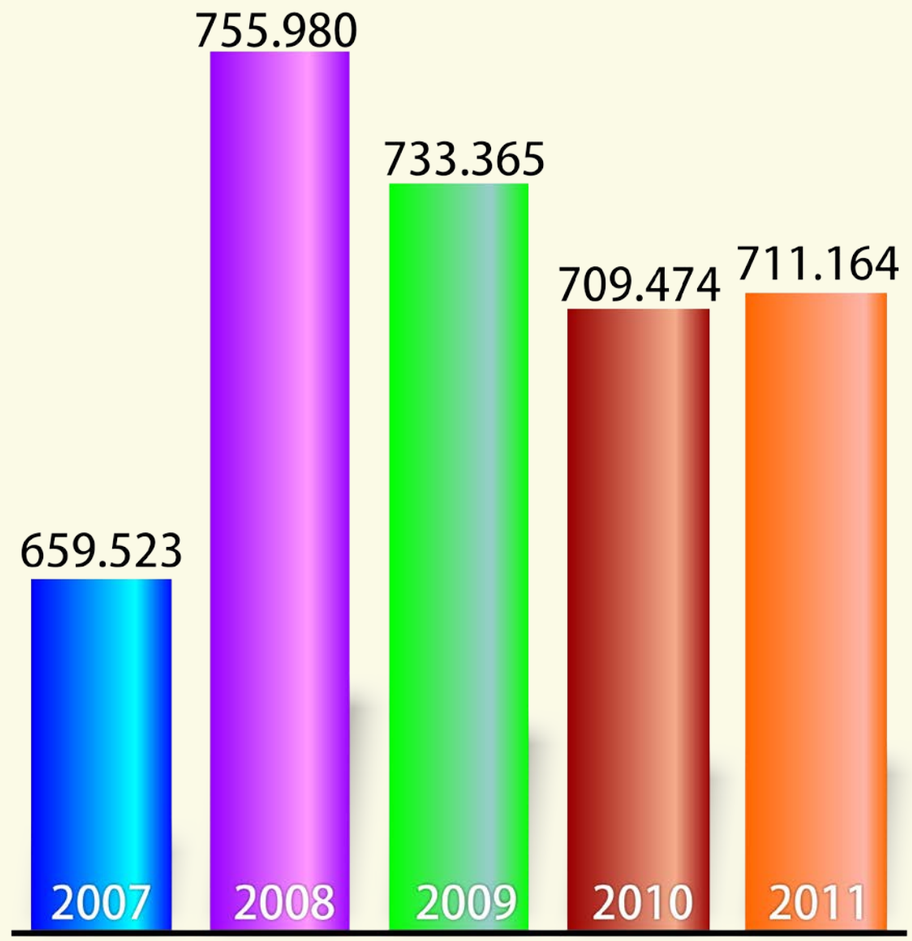
- HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

- LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito previdenciário e estado democrático de direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

- MARTINEZ, Wladimir Novaes. Questões atuais envolvendo a aposentadoria especial, in **Revista de Previdência Social**, n. 217, dez/1998.

ANEXOS

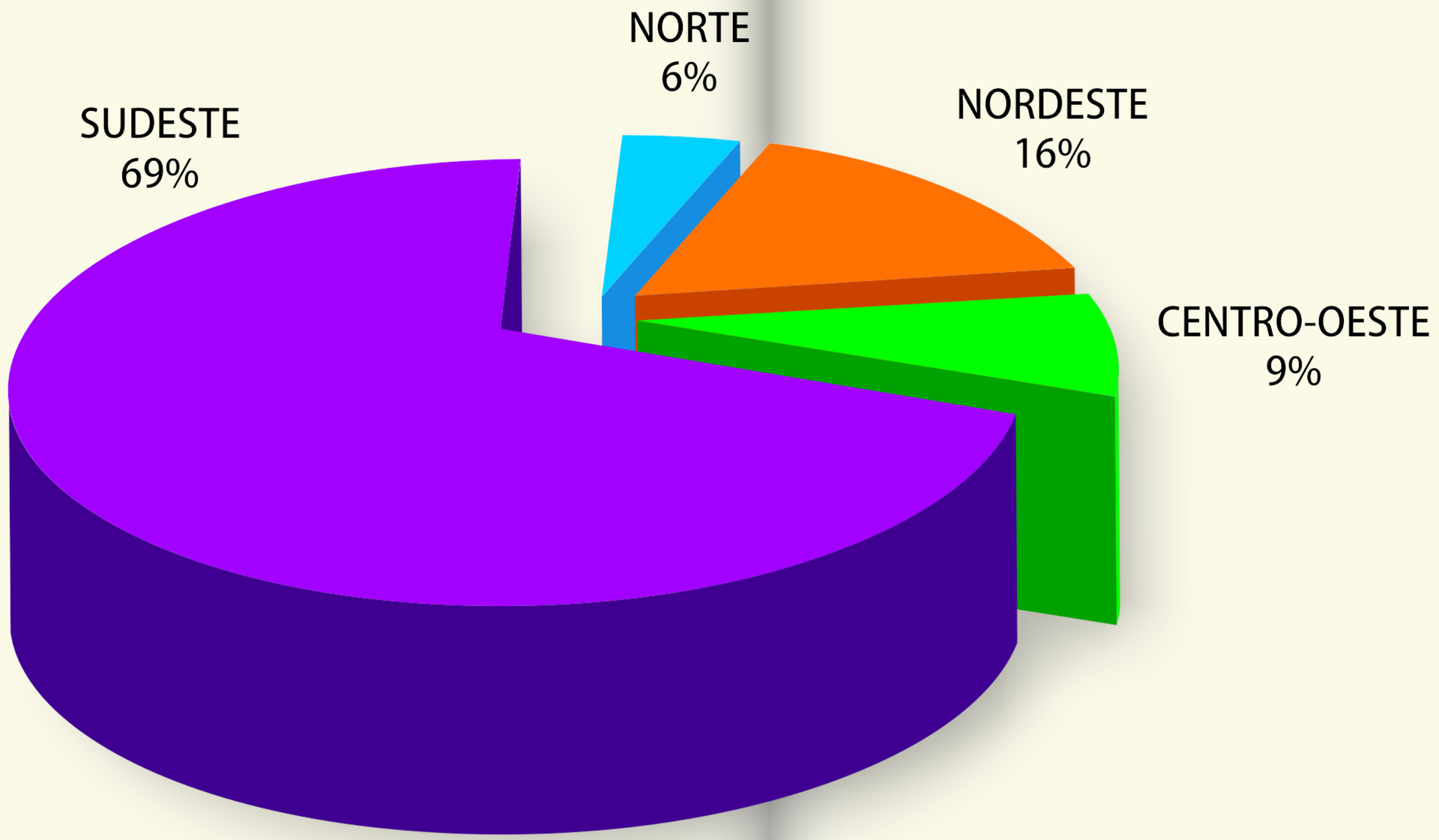
O número total de acidentes de trabalho registrados no Brasil aumentou de 709.474 casos em 2010 para 711.164 em 2011.



Número total de acidentes fatais no período comparativo de 2007 a 2001. Fonte: MPAS

Fonte: sítio TST: http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/dados-nacionais.

Acidentes de trabalho registrados em 2011
Dados percentuais por macrorregião



NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA NOVA VISÃO DO DIREITO

Manfredo Schwaner Gontijo
Servidor do TRT 3ª Região

Caracterização

O Neoconstitucionalismo, fundado na filosofia neopositivista (pós-positivista) foi um movimento de transformação do Estado e do Direito, em especial da Constituição, que surge, na Europa, na segunda metade do século XX, tendo como um dos principais marcos o julgamento ocorrido na cidade de Nüremberg, Alemanha, no período compreendido entre 1945 e 1949.

Tal julgamento exemplificou, de forma clara, os paradoxos do positivismo clássico, na medida em que as mesmas leis que possibilitaram aos juízes que condenassem nazistas por atrocidades cometidas contra seres humanos também possibilitaram que os réus se defendessem das acusações que lhe foram perpetradas. Não obstante, o Tribunal, ao decidir, inovou, desconsiderando os postulados da escola exegética, na qual a lei se confundia com o Direito, e proferiu sua decisão levando em consideração valores essenciais da sociedade, criando, desta forma, um positivismo moderado. Daí em diante e não se podendo mais admitir violações de direito legalizadas, passa a haver, gradativamente, uma inter-relação entre o direito e a moral, na sua forma de interpretação e aplicação.

No entanto, para que se viabilizasse uma leitura moral do Direito, com a inclusão dos valores na sua interpretação e aplicação, foi necessário

se elaborar um redesenho dos ordenamentos jurídicos vigentes à época, objetivando alocar a Constituição no ponto central e mais importante do ordenamento, estabelecer como essência e fim deste sistema político-jurídico o homem, por meio do resguardo jurídico de sua dignidade e de seus direitos fundamentais, o que mostra sua vocação axiológica, e a inclusão, nos documentos normativos, de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, de forma a possibilitar um "espaço" maior de interpretação e raciocínio jurídico do intérprete e aplicador do Direito, criando-se uma nova dogmática de hermenêutica constitucional.

As Constituições europeias, neste contexto, do ponto de vista material, deixam de ser meros documentos retóricos e de inspiração política e passam a ter força normativa, aplicação de seus preceitos (especialmente dos direitos fundamentais) aos casos concretos, servindo necessariamente de referência e orientação à produção, à interpretação e à aplicação das normas infraconstitucionais, em razão de sua característica de centralidade do sistema.

Pedro Lenza informa que

> a lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados." No aspecto formal, ela assume a posição suprema do ordenamento jurídico, irradiando toda a sua força sobre ele[1].

Walber de Moura Agra informa que

> *o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características, podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c)inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e)desenvolvimento da justiça distributiva*[2].

Acrescenta ainda que o modelo normativo neste Constitucionalismo é o axiológico e "o caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais.[3]

Vale destacar que é nesta fase que surgem os direitos chamados de 3ª dimensão, chamados difusos, quais sejam, o direito à paz, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, entre outros. Eles são incluídos nas Cartas Constitucionais elaboradas após o fim da 2ª Guerra Mundial.

Alex Muniz Barreto citando Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco informa que o Neoconstitucionalismo tem as seguintes características "a) mais Constituição do que leis;

1. LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63.
2. AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 31.
3. AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 31.

b)mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e)mais concretização do que interpretação.[4]"

Pode-se dizer que o Neoconstitucionalismo marca uma transição de um Estado Legislativo de Direito, influenciados pela doutrina inglesa de supremacia do Parlamento e da francesa com enfoque na lei, como expressão do povo, para um Estado Constitucional de Direito, influenciado pela supremacia da Constituição do modelo americano, tendo como referências europeias a Constituição da Itália (1947), da Alemanha (1949), de Portugal (1976) e da Espanha (1978) e na América do Sul, a Constituição Brasileira de 1988.

Subsequentemente à elaboração das Cartas Constitucionais foi necessária a criação de Tribunais Constitucionais, os quais teriam a função de guardiões das normas previstas nas referidas Cartas. Estes Tribunais surgiram em diversos países, destacando-se os seguintes: Alemanha (1951), Itália (1956), Chipre (1960), Turquia (1961), Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982), Bélgica (1984), Polônia (1986), Argélia (1989), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992), Eslovênia (1993), África dos Sul (1996) e Moçambique (2003).

No Brasil, o movimento neoconstitucionalista chegou tardiamente, algumas décadas após o seu início na Europa, e teve como marco a promulgação da Constituição da República de 1988, que segundo o professor Kildare, sofreu fortes influências do jurista português Gomes Canotilho e do jusfilósofo socialista espanhol Elias Diaz.[5]

Esta Constituição conseguiu promover uma eficiente transição entre o Estado autoritário existente à época da ditadura militar e o Estado Democrático de Direito. Já nos seus primeiros artigos consagra os fundamentos e os objetivos da República, a separação dos poderes estatais, o princípios aplicáveis nos âmbitos internos e externos do Estado, os direitos e garantias fundamentais e afirma o Supremo Tribunal Federal como o Órgão de jurisdição constitucional, o que revela, com clareza, a sua aptidão à corrente neoconstitucionalista.

Como críticas mais comuns ao Neoconstitucionalismo podem ser citadas as seguintes: totalitarismo constitucional; inclusão de matérias supérfluas e em demasia na Constituição, como normas de índole financeira, cultural, educacional e esportiva, ocasionando sua banalização; existências de normas contraditórias no texto constitucional, o que gera a perda de sua autoridade e unidade; falta de efetividade das normas programáticas.

Uadi Lammêgo Bulos assevera

> *o certo é que, na contemporaneidade, a ampliação do contéudo das constituições acabou desvalorizando-as. Elas não mais gozam daquele respeito de outrora. Foram banalizadas. Aliás, o marco inicial desse desprestígio deu-se com o término da Primeira Guerra Mundial, quando os constituintes, não se contentando em organizar o poder político, inseriram, na seara constitucional, normas econômicas e constitucionais.*[6]"

4. BARRETO, Alex Muniz. Direito constitucional positivo. Leme, São Paulo: Edijur, 2013. p. 73.
5. CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 271.

Princípios e Regras Constitucionais

Faz-se necessário, primeiramente, estabelecer a conceituação e a distinção entre princípios e regras constitucionais, pois, no Neoconstitucionalismo, para se atender ao clamor pela concretização dos direitos fundamentais, os princípios se elevaram à categoria de normas, pois passaram a prescrever um "dever ser" e consequentemente, adquiriram força normativa. Segundo Robert Alexy, "Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies muito diferentes.[7]" Doutrinariamente, pode-se dizer que norma é gênero da qual são espécies princípios e regras.

Princípio, palavra derivada do latim principium, significa ponto de partida e o seu conjunto revela os valores que dão origem ao ordenamento jurídico. Eles são os seus pilares, a sua fundamentação e irradiam por todo o conjunto de normas. Os princípios orientam os legisladores no trabalho de elaboração da lei, orientam os intérpretes em sua função hermenêutica e os aplicadores da norma na concretização fática do direito. Além destas funções tradicionais, são eles, ainda, a própria norma a ser aplicada ao caso concreto.

Paulo Bonavides informa que "a ideia de princípio, segundo Luis-Diez Picazo, deriva da linguagem da geometria, onde designa verdades primeiras". Acrescenta, ainda, a definição de Crisafulli, de 1952, qual seja

> *princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.*[8]

6. BULO, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24.
7. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais - Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.
8. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 255-257.

Curioso mencionar que os Princípios Gerais de Direito eram, na doutrina positivista, a última fonte a ser consultada, haja vista a previsão contida no artigo 4º, da antiga Lei de Introdução ao Código Civil – LICC. No entanto, esta situação se transformou, na medida em que estes princípios sagraram-se normas aptas a serem imediatamente aplicada.

Regras podem ser conceituadas como enunciados normativos que prescrevem fatos e condutas intersubjetivas, a serem aplicadas diretamente pelo operador do direito. Elas são, em sua essência, reflexos dos princípios e valores cultivados pela sociedade.

Com relação à diferenciação entre princípios e regras, Alexy menciona os critérios da generalidade, da determinabilidade dos casos de aplicação, da forma de seu surgimento, do caráter explícito de seu conteúdo axiológico e das razões de sua origem [9].

Kildare Gonçalves Carvalho, citando Canotilho, apresenta os seguintes critérios distintivos:

> a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; as regras possuem um abstração relativamente reduzida. b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta[10].

O mesmo autor apresentas as distinções segundo Dworkin:

> *1 – os princípios não exigem um comportamento específico, isto é, estabelecem ou pontos de partida ou metas genéricas; as regras, ao contrário, são específicas ou em pautas; 2 – os princípios não são aplicáveis à maneira de um 'tudo ou nada'(all or nothing), pois enunciam uma ou algumas razões para decidir em determinado sentido, sem obrigar uma decisão particular; já as regras enunciam pautas dicotômicas, isto é, estabelecem condições que tornam necessária sua aplicação e consequências que se seguem necessariamente; 3 – os princípios tem um peso ou importância relativa (dimension of weight), ao passo que as regras tem uma imponibilidade mais restrita; assim, os princípios comportam avaliação, sem que a substituição de um por outro de maior peso signifique a exclusão do primeiro.; já as regras, embora admitam exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente; 4 – o conceito de validade cabe bem para as regras (que ou são válidas ou não o são), mas não para os princípios, que, por serem submetidos à avaliação de importância, mais bem se encaixam no conceito de legitimidade.*[11]

9. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais - Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87 e 89.
10. CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 666.
11. DWORKIN apud CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 666.

Pode-se afirmar, de maneira geral, que na aplicação de princípios utiliza-se como método a ponderação, lembrando que eles podem ser aplicados em graus diferentes dependendo da situação jurídica em análise, e na aplicação de regras utiliza-se a tradicional subsunção.

Força Normativa da Constituição

Força normativa da Constituição significa a aptidão e o poder que as normas constitucionais (princípios e regras) têm para produzirem os seus efeitos. Elas não são somente expressão de um ser, mas também de um dever ser.

Konrad Hesse vincula esta força normativa ao pressuposto de eficácia da Constituição. Segundo este autor, tal eficácia se concretizará se as normas da Constituição forem elaboradas em consonância com a história, com os anseios, com os aspectos políticos, econômicos, sociais, culturais e com as tendências dominantes da sociedade, se houver uma vontade das pessoas em cumprir os seus comandos (vontade de Constituição) e, principalmente, se ela incorporar o estado espiritual de seu tempo (geistige Situation). Acrescenta-se, ainda, a este rol a capacidade da Constituição de se adaptar a novas situações, o que será possível por intermédio do manejo de princípios constitucionais, os quais evitam o sue engessamento da Carta. Como última condição de eficácia, assevera o autor que a Constituição não deve ter como pilar uma estrutura unilateral, devendo prever parte da estrutura contrária, ou seja, aos direitos fundamentais deve se contrapor os deveres, à divisão de poderes deve se contrapor uma dose de concentração de poder, entre outras situações[12].

A normatividade da Constituição pressupõe, como toda regra dotada do atributo da imperatividade, que a sua inobservância enseja a aplicação de medidas de coação. Não obstante, afirma Luis Roberto Barroso que "o

12. HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991. p. 20-21.

desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do status quo".

Neste capítulo, serão demonstrados, por intermédio de julgados recentes das Cortes Judiciais Brasileiras e Portuguesas, a aplicação, nos casos concretos, da força normativa da Constituição Portuguesa na segunda metade dos século XX e da Constituição da República Brasileira após a sua promulgação em 1988.

Contrariando à teoria de Ferdinand Lassale segundo a qual a Constituição jurídica (ou normativa) não passava de um pedaço de papel que nada mais era do que a expressão das forças reais de poder (Constituição real), sem qualquer força normativa, estes exemplos terão o condão de mostrar a materialização da crescente conquista da eficácia social das Constituições, atributo bastante conclamado pelos doutrinadores do neoconstitucionalismo.

Aspecto que vale ressaltar é o atual movimento de judicialização das relações políticas e sociais, iniciado após 1988, na qual o Poder Judiciário tem um papel fundamental na concretização dos valores previstos na Constituição, por intermédio de seus julgamentos, demonstrando assim a força de suas normas.

Lembra-se, ainda, da gradativa força normativa que as normas programáticas vêm adquirindo ao longo dos anos, por meio da aplicação dos princípios na solução das lides, alcançando, desta forma, os objetivos intrínsecos dos programas almejados.

Seguem, abaixo, transcrições de alguns acórdãos pesquisados, com trechos reveladores da aplicação concreta da norma constitucional:

14/05/2013
HABEAS CORPUS 108.527 PARÁ
RELATOR :MIN. GILMAR MENDES
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

"Com relação ao pedido de alvará de soltura, tendo em vista o excesso de prazo na duração da prisão preventiva, o STF tem deferido a ordem somente em hipóteses excepcionais, nas quais a mora processual:

a) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela atuação da acusação (cf.: HC 85.400/PE, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 11.3.2005); b) resulte da inércia do próprio aparato judicial em atendimento ao princípio da razoável duração do processo, nos termos do art. 5º, LXXVIII (cf.: HC 85.237/DF, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, unânime, DJ 29.4.2005; HC 85.068/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ 3.6.2005; HC 87.164/RJ de minha relatoria, 2ª Turma, unânime, DJ 29.9.2006; HC 86.850/PA, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJ 6.11.2006; e HC 86.346/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJ 2.2.2007); ou, c) seja incompatível com o princípio da razoabilidade (cf.: HC 84.931/CE, rel. Min. Cezar Peluso, 1ª 8 Turma, unânime, DJ 16.12.2005), ou, quando o excesso de prazo seja gritante (cf.: HC 81.149/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, unânime, DJ 5.4.2002; RHC 83.177/PI, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, unânime, DJ 19.3.2004; HC 84.095/GO, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJ 16.12.2005; e HC 87.913/PI, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, unânime, DJ 7.12.2006)."

18/04/2013
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 567.985 MATO GROSSO
RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

"O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - São situações das mais diversas. O fato é que, por princípio de segurança jurídica, nós entendemos que é inconstitucional, mas que autorizamos a sua aplicação por um período."

12/11/2013
RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 17.735 MATO GROSSO
RELATOR :MIN. LAURITA VAZ
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"É cabível a impetração de mandado de segurança contra ato administrativo que impôs sanção disciplinar de demissão ao servidor, porquanto os atos administrativos comportam controle jurisdicional amplo. Nesses casos, o controle não se limita aos aspectos legais e formais do procedimento. Deve o Poder Judiciário examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, bem como a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e da individualização da sanção. Precedentes do STJ."

26/05/2010
MANDADO DE SEGURANÇA 14.405 DISTRITO FEDERAL
RELATOR :MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"O exercício do poder administrativo disciplinar corporifica sempre atividade materialmente jurisdicional, por isso que no seu desempenho é mister que a Administração proceda como um autêntico Julgador, inclusive assimilando a força normativa dos princípios constitucionais, sem o que a exegese jurídica se torna pobre e desprovida dos seus fins: justiça e equidade. Littera enim occidit,spiritus autem vivificat (Apóstolo Paulo, Cor. II, 3;6)."

Hermenêutica Constitucional

Com o surgimento do Neoconstitucionalismo, uma nova forma de se interpretar a Constituição desenvolve-se a partir da segunda metade do século XX, em decorrência da força normativa adquirida pelas normas constitucionais, pela supremacia da Carta Constitucional em relação ao ordenamento jurídico e pela positivação dos princípios no corpo da Constituição.

A força normativa dos princípios e regras constitucionais, a qual está vinculada ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung de Norm), impõe uma interpretação que tem como incumbência promover a concretização fática dos preceitos insculpidos na Carta Constitucional, o que traz um rol de desafios aos intérpretes e aplicadores do direito, na medida em que surge a necessidade de se manipular na seara dos casos concretos conceitos e enunciados abstratos, tais como os princípios e as cláusulas gerais.

A supremacia da Constituição em relação ao ordenamento jurídico pressupõe que todo o conjunto de normas infraconstitucionais deve ser constituído, interpretado e aplicado de acordo com o que dispõe as normas constitucionais.

A previsão dos princípios constitucionais, a partir deste novo modelo constitucional, marca uma grande alteração na hermenêutica constitucional, ao elevá-los à condição de norma. Como os princípios tem uma densidade menor do que as regras e um grau de abstração e plasticidade maior, o intérprete e aplicador do direito tem a possibilidade de se valer da discricionariedade e de uma abrangência maior de interpretação e complementação do direito, frente às situações concretas sobre as quais recairá a sua aplicação.

Sobre o assunto, Marcelo Novelino afirma que

> *um dos grandes desafios do Neoconstitucionalismo consiste no desenvolvimento de parâmetros racionais, objetivos, operacionalizáveis para que a ponderação não conduza a um decisionismo ou a um subjetivismo exacerbado. Ao mesmo tempo, a complexidade desses parâmetros não pode ser elevada a ponto de inviabilizar sua utilização na prática jurídica cotidiana*[13].

Ocorrência inerente à interpretação e aplicação da Constituição e à interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com a Constituição são os conflitos entre regras, os quais serão dirimidas pelos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade. Nos conflitos entre princípios, será utilizada a ponderação e a proporcionalidade e quando houver uma antinomia entre princípios e regras, aplicar-se á, primeiramente, a regra por ser mais específica, mais amoldada ao caso concreto e por ser expressão dos princípios. No entanto, cada caso concreto deverá ser analisado em sua particularidade, podendo haver situações em que os princípios afastarão a aplicação de regras tidas como injustas numa determinada situação jurídica.

Luís Roberto Barroso afirma que no método da ponderação o intérprete "(i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional."[14]

13. NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Método, 2009. p. 56.

O mesmo autor alerta para o cuidado que se deve ter com relação à argumentação, à razão prática e ao controle da racionalidade das decisões proferidas. Segundo Barroso,

> *as decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador". E, ainda, informa que "para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos*[15].

Ressalta-se que, na interpretação em análise, além dos aspectos já mencionados, deve-se se levar em consideração, na operação do direito, a presunção de constitucionalidade dos princípios e regras constitucionais, da unidade, da razoabilidade e da efetividade.

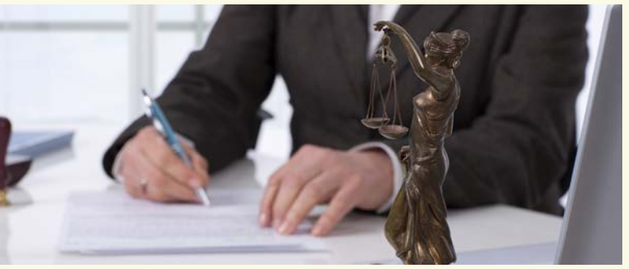
Informa-se, por fim, que os modelos tradicionais de interpretação, tais como o gramatical, o lógico, o histórico, o sistemático e o teleológico continuam válidos na interpretação constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo demonstrou a importância da Constituição para a sociedade. No entanto, para que a Constituição faça valer os preceitos que nela estão contidos, ou melhor, para que ela demonstre a sua força normativa, faz-se necessário que a sociedade se conscientize de sua relevância jurídica, política, econômica, social e cultural. Esta conscientização é o que Konrad Hesse chama de "vontade de constituição".[16]

Ressalta-se que a Constituição, para alcançar seus objetivos, deve, ainda, ser forte, característica verificável com a sua incolumidade e com o respeito às suas normas nos momentos de crises vivenciados pelo Estado, a exemplo de situações em que as instituições democráticas, a soberania e o seu território ficam ameaçados pela instabilidade social. Ela deve, ainda, ser capaz de inspirar e mobilizar a sociedade em prol de um objetivo comum.

14. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo - Parte I – Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 20/03/2013.
15. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo - Parte I – Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 20/03/2013.
16. HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 20-21.



Por fim, conclui-se que a Constituição é um elemento perene e indissociável do Estado, pois nela estão as expressões dos princípios, dos valores, das aspirações e dos objetivos sociais. Ela cria um vínculo jurídico entre as pessoas a ela submetidas, estabelece um rumo a ser seguido e assegura harmonia, liberdade e independência social.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* - Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARRETO, Alex Muniz. *Direito constitucional positivo*. Leme, São Paulo: Edijur, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* – Os Conceitos Fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo* - Parte I – Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 20/03/2013.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BULO, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2 ed. Coimbra, Portuga: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional* – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

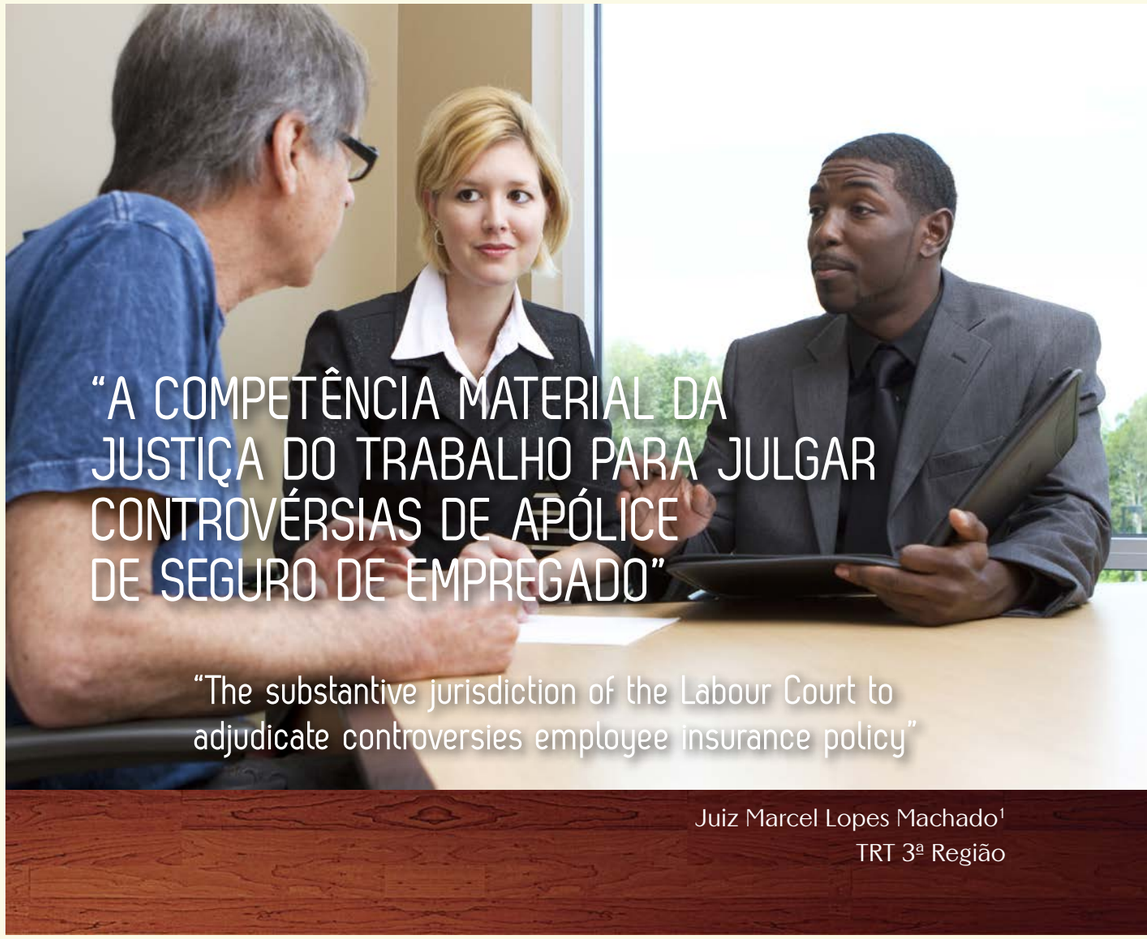
FIORAVANTI, Maurizio. *Constituición de la antigüedad a nuestros días*. 3 ed. Madri: De La Editora Trotta, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Trad. Alfredo Galego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.



"A COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA JULGAR CONTROVÉRSIAS DE APÓLICE DE SEGURO DE EMPREGADO"

"The substantive jurisdiction of the Labour Court to adjudicate controversies employee insurance policy"

Juiz Marcel Lopes Machado[1]
TRT 3ª Região

Resumo: O presente estudo tem por objeto uma análise, reflexão e interpretação acerca da competência material da Justiça do Trabalho para apreciar as controvérsias jurídicas sobre a contratação da apólice de seguro de vida e/ou acidentária pelo empregador, a favor de seus empregados, com empresa do segmento securitizado.

Abstract: *The object of this study is an analysis, reflection and interpretation about the substantive jurisdiction of the Labour Court to appreciate the legal controversy about the hiring of the life insurance policy and /or of accident by the employer on behalf of its employees, segment now securitized.*

Palavras Chaves: Apólice de Seguro. Origem da Obrigação. Natureza do Conflito. Competência. Justiça do Trabalho.

Key-Words: *Insurance Policy. Origin of Obligation. Nature of Conflict. Competence. Labour Court.*

1. Marcel Lopes Machado. Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região, auxiliar da 1ª Vara do Trabalho de Uberlândia – MG, pós graduado em Direito Material e Processual do Trabalho/UFU; pós graduado em Filosofia do Direito e Direito Público/Faculdade Católica de Uberlândia-Dominis, professor do curso de pós graduação em Direito Material e Processual do Trabalho/UFU.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Natureza do Conflito e sua Competência Material. 3. Emenda Constitucional 45/2005. A atual redação do art. 114, VI e IX/CR. 4. Tutela da ordem jurídica dos direitos sociais e a Competência da Justiça do Trabalho. Interpretações. Exclusão das Incoerências Jurídicas. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

Summary: *1. Introduction. 2. The Nature of Conflict and its Material Competence. 3. Constitutional Amendment 45/2005. The current wording of art. 114, VI and IX/CR. 4. Protection of legal rights and social competence of the Labour Court. Interpretations. Exclusion of Legal Inconsistencies. 5. Conclusion. 6. Bibliography.*

1. Introdução:

Pretende-se, por este estudo, fazer uma análise e interpretação acerca da competência material da Justiça do Trabalho para apreciar as controvérsias jurídicas sobre a contratação da apólice de seguro de vida e/ou acidentária pelo empregador, a favor de seus empregados, com empresa do segmento securitizado.

> *"Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade. O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio Barwick quando escreve que ainda "a melhor arte de redação das leis", e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária"*[2].

A contratação de apólice de seguro de vida e/ou acidentária pelo empregador, a favor de seus empregados, tem previsão no art. 458, § 2º, V/CLT, que fixa expressamente sua natureza jurídica de utilidade não salarial, e, portanto, se trata, inequivocamente, de uma parcela ou benefício de direito privado/civil, mas instituído em razão e função do contrato de emprego, arts. 2º e 3º/CLT.

Ainda, a contratação deste benefício pelo empregador com empresa securitária, a favor de seus empregados, decorre também, da previsão do art. 444/CLT, que estabelece uma cláusula geral de livre estipulação e/ou contratação de benefícios entre as partes, com o objetivo de implementar uma melhora nas condições sociais dos trabalhadores, art. 7º, "caput"/CR.

E, em inúmeros outros casos, observa-se também, que esta obrigação tem previsão e origem em disposições existentes nos instrumentos normativos, acordos coletivos e/ou convenções coletivas, arts. 7º, XXVI e 8º, III/CR e art. 613, IV/CLT, que regulamentam outras condições de trabalho das categorias.

Não obstante tratar-se de instituto fornecido em razão do contrato de emprego e/ou até mesmo das normas coletivas que regulamentam novas e diferentes condições e benefícios em favor da categoria profissional

2. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, p. 20/21.

dos trabalhadores, existem precedentes da própria jurisprudência trabalhista que não admitem sua competência material para apreciação desta matéria, como se observa:

> *EMENTA: DENUNCIAÇÃO À LIDE. SEGURADORA. A competência material da Justiça do Trabalho encontra-se prevista no art. 114 da Constituição da República, não contemplando, todavia, as ações que envolvam empresas seguradoras e empregadores, acerca do cumprimento de apólice de seguro. (TRT 3ª Região – 1ª T. – RO 00270-2010-043-03-00-2 – Rel. Juiz Conv. Eduardo Aurélio Pereira Ferri – DJMG 30/09/2011).*

> *EMENTA: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO DO PRÊMIO DE SEGURO. LIDE ENTRE SEGURADO E SEGURADORA. NATUREZA AUTÔNOMA. Cabendo à Justiça do Trabalho dirimir conflito de interesses entre empregado e empregador e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, aparteia-se da seara atávica trabalhista a questão surgida entre segurado e seguradora, com vínculo jurídico clássico com o contrato de seguro. (TRT 3ª Região – 3ª T. – RO 00525-58.2011.5.03.0043 – Rel.ª Des. Emilia Facchini – DEJT 21/01/2013).*

2. A Natureza do Conflito e sua Competência Material:

Na fixação da competência material, deve-se observar que a "índole de um conflito deriva de sua origem e de seu objeto, e não da norma invocada[3]", logo, data vênia dos r. entendimentos em contrário, a Justiça do Trabalho detém competência para apreciar e julgar as ações indenizatórias "lato sensu" fundadas na existência da relação de emprego.

Trata-se, inclusive, de competência histórica, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, e que inclui, portanto, a hipótese jurídica de reparação de danos materiais de apólice de seguro, eis que sua origem, derivação e fundamento legal é a pré-existência do contrato de emprego, art. 444/CLT.

Isto porque, esta pré-existência do contrato de emprego é condição essencial (e não acidental e/ou natural) do negócio jurídico de seguro (vida e/ou acidentário) com a empresa securitária, e, o conflito que daí surge, decorre da vantagem concedida, ainda que indireta, da existência e condições contratuais daquele vínculo, arts. 444 e 458, § 2º, V/CLT.

3. DALAZEN, João Orestes. Competência Material Trabalhista. LTr: 1994, p. 51.

É justamente a pré-existência do vínculo de emprego, como condição essencial do negócio jurídico securitário, que permite, inclusive, instituir o pagamento do prêmio mensal da apólice para a empresa securitária, e, não ao empregador propriamente dito, através de descontos mensais dos salários dos trabalhadores, descontos estes, incontroversamente tidos por lícitos pela legislação e jurisprudência trabalhista, art. 462/CLT e Súmula 342/TST.

Portanto, a relação jurídica securitária que surge entre empregado, empregador e empresa securitária, pode ser compreendida como um contrato anexo àquele de emprego, que lhe é pré-existente, ou, em outras palavras, sem a pré-existência do contrato de emprego, com a conseqüente utilidade fornecida pelo empregador, art. 458, § 2º, V/CLT do desconto salarial compartilhado do empregado, art. 462/CLT e Súmula 342/TST, é impossível a existência do contrato securitário multilateral.

Tem-se então, na hipótese de recusa do pagamento da apólice, um conflito trabalhista impuro/atípico[4], cuja competência material é da Justiça do Trabalho, independentemente que a solução o mérito da controvérsia tenha que ser apreciada e julgada segundo as normas do Direito Civil, como expressamente prevê o art. 8º/CLT.

> *Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social. As decisões dos Tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá, em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas". (Da mensagem enviada pelo Presidente THEODORE ROOSEVELT ao Congresso Americano em 08 de dezembro de 1908 (43 Cong. Rec., Part I, p. 21)"* [5].

4. Idem, Ibidem, p. 56. Ainda, leciona o eminente Ministro: "Em síntese, conflito trabalhista de natureza jurídica é o que se estabelece visando à interpretação ou aplicação de norma jurídica preexistente, assim considerada a que emane do contrato de emprego ou de qualquer das fontes formais do Direito do Trabalho: lei, convenção ou acordo coletivo, regulamento ou sentença normativa (esta, singularidade apenas do direito brasileiro)". Idem., op. cit., p. 58.

5. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993.

Aliás, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, e, portanto, na vigência da redação original do art. 114/CR, o STF já se manifestou neste sentido:

> *JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. CONST., ART. 114. AÇÃO DE EMPREGADO CONTRA O EMPREGADOR, VISANDO A OBSERVANCIA DAS CONDIÇÕES NEGOCIAIS DA PROMESSA DE CONTRATAR FORMULADA PELA EMPRESA EM DECORRÊNCIA DA RELAÇÃO DE TRABALHO. 1. COMPETE A JUSTIÇA DO TRABALHO JULGAR DEMANDA DE SERVIDORES DO BANCO DO BRASIL PARA COMPELIR A EMPRESA AO CUMPRIMENTO DA PROMESSA DE VENDER-LHES, EM DADAS CONDIÇÕES DE PREÇO E MODO DE PAGAMENTO, APARTAMENTOS QUE, ASSENTINDO EM TRANSFERIR-SE PARA BRASILIA, AQUI VIESSEM A OCUPAR, POR MAIS DE CINCO ANOS, PERMANECENDO A SEU SERVIÇO EXCLUSIVO E DIRETO. 2. A DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NÃO IMPORTA QUE DEPENDA A SOLUÇÃO DA LIDE DE QUESTÕES DE DIREITO CIVIL, MAS SIM, NO CASO, QUE A PROMESSA DE CONTRATAR, CUJO ALEGADO CONTEUDO E O FUNDAMENTO DO PEDIDO, TENHA SIDO FEITA EM RAZÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO, INSERINDO-SE NO CONTRATO DE TRABALHO. (STF – T. Pleno – CJ 6959-6/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 22/02/1991).*
>
> *EMENTA: Justiça do Trabalho: competência: ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil. (STF – 1ª Turma – RE 238.737-4/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 05/02/1999).*

Neste aspecto, a Corte Constitucional corrigiu a posição jurisprudencial do STJ, para quem, a fixação da incompetência material trabalhista decorria da causa de pedir e pedidos fundados no Direito Civil, e não, na própria relação jurídica material das partes, ou seja, os pedidos de indenização fundamentos no Direito Civil seriam da competência da Justiça Comum.

Como muito bem assinado pelo professor Antônio Álvares da Silva[6]:

> *"Toda questão, de qualquer natureza, que for conteúdo de uma relação de emprego ou de trabalho, obrigação de contratar, obrigação de dar, um apartamento sob certa condição, inscrição em plano de saúde, transferência de quotas, promessa de empréstimo, e tudo mais que provier do contrato de trabalho, será competência da Justiça do Trabalho.*
>
> *(...)*
>
> *Se à determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa a natureza da solução da lide, mas sim que o fundamento do pedido tenha sido feito em razão do contrato de trabalho, abriu-se efetivamente a porta para o desenvolvimento da competência da Justiça do Trabalho".*

6. In Pequeno Tratado da Nova Competência Trabalhista. LTr: 2005, p. 238/239.

Este, inclusive, é o fundamento atual da jurisprudência trabalhista consolidada, ao fixar a competência material da Justiça do Trabalho para: 1. apreciação da reparação por danos morais que tenham origem no contrato de emprego, Súmula 392/TST. 2. apreciação da reparação por danos materiais que tenham origem na frustração do seguro-desemprego por culpa do empregador, Súmula 389/TST. 3. apreciação das reparações por acidente de trabalho e/ou doenças ocupacionais (STF – T. Pleno – CC 7204/MG – Rel. Min. Carlos Ayres Brito – DJU 09/12/2005), todas questões cuja solução será fundada na teoria da responsabilidade civil.

Ademais, não se pode deixar de observar que esta controvérsia, acerca do inadimplemento da obrigação securitária, decorre também, muitas vezes, como efeito anexo e secundário, da lide originária e primária sobre o acidente de trabalho e/ou doença ocupacional que vitima o trabalhador, cuja pretensão reparatória se insere no rol de seus direitos sociais, art. 7º, XXVIII/CR, e se situa na 3ª hipótese acima de competência material da Justiça do Trabalho.

3. A Emenda Constitucional 45/2004. A atual redação do art. 114, VI e IX/CR:

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 teve por objetivo promover a chamada "Reforma do Poder Judiciário" e apresentou importante papel de reafirmação da importância da Justiça do Trabalho, ao compreender e fixar dentro de sua competência material, diversos conflitos de índole e naturezas distintas da relação de emprego propriamente dita, que até então, não se inseriam em seu âmbito jurisdicional.

Desta emenda, extrai-se a nova redação dada ao art. 114, incisos VI e IX/CR, que fixam, expressa e textualmente, a competência material da Justiça do Trabalho, para apreciar e julgar: 1. as ações de indenização por dano moral ou material, decorrentes da relação de trabalho. 2. outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

A partir de sua vigência, parece não haver dúvida, quanto à disposição do inciso VI do art. 114, da competência material trabalhista para julgar as ações indenizatórias decorrentes da relação de trabalho, na qual se inclui, à evidência, as da relação de emprego.

Destaca-se, sobretudo, que o texto constitucional utilizou a expressão "ações" no plural, o que reforça na busca do sentido das

palavras utilizadas, pelos métodos interpretativos gramatical, sistemático e teleológico, sua intenção expansionista e ampliativa, já que se parte da premissa que não existem palavras inúteis na Constituição.

Logo, quaisquer ações indenizatórias, em sentido lato, que tenham origem e fundamento na relação de trabalho, serão da competência da Justiça do Trabalho, o que incluiu, portanto, as controvérsias indenizatórias sobre o pagamento da apólice de seguro.

Inclusive, a jurisprudência do TST evolui neste sentido[7].

Compreende-se, portanto, que esta competência material é fixada em razão da matéria ter origem e fundamento no contrato de emprego, e não das normas da teoria da responsabilidade civil utilizadas para solução da controvérsia, bem como, não em razão do eventual sujeito passivo da obrigação indenizatória a ser cumprida, se o empregador propriamente dito, a empresa securitária contratada, ou ambos.

Inclusive, como muito bem explicitado pelo Ministro João Orestes Dalazen[8], com o advento da EC 45/2004, inserem-se no âmbito de competência material da Justiça do Trabalho:

> *"(...) quaisquer outras lides a propósito de direitos e obrigações que decorram da relação de emprego, mesmo que não se estabeleçam entre empregado e empregador, como se dá com a ação civil pública trabalhista, ou com o dissídio sobre complementação de aposentadoria entre empregado e entidade de previdência fechada instituída pelo empregador, quando a complementação de aposentadoria não é criada pelo empregador".*

A adoção de solução jurídica diversa, mesmo após o advento da EC 45/2004, com a redação dada ao art. 114, VI/CR, incorrerá no risco de se materializar, ainda que involuntariamente, o vício da interpretação retrospectiva, já advertida pelo professor e hoje Ministro Luís Roberto Barroso[9]:

> *"Atente-se para a lição mais relevante: as normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior. Deve-se rejeitar*

7. "CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O direito postulado é proveniente do contrato de trabalho celebrado entre as partes, afigurando-se competente a Justiça do Trabalho, a teor do art. 114 da Constituição Federal. No contexto em que foi decidida a matéria, não há margem para se concluir pela violação dos dispositivos citados, uma vez que se trata de obrigação originária da relação de emprego entre o Reclamante e a CEF. Recurso de Embargos não conhecido." (SBDI-1 – E-RR 5.132/2002-921-21-00.8 – Rel. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 10/06/2005)

"COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SEGURO. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. OBRIGAÇÃO DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. A competência da Justiça do Trabalho tem como fator determinante, no caso, a circunstância de que o reclamante somente é beneficiário do plano de seguro em razão da condição de empregado da empresa. Recurso de Embargos de que não se conhece." (SBDI-1 – E-RR 864/2003-102-03-00.7 – Rel. Ministro João Batista Brito Pereira – DJU 21/09/2007)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. SEGURO DE VIDA CONTRATADO PELA EMPREGADORA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Compete à Justiça do Trabalho julgar pedidos relativos a direitos e vantagens previstos na legislação trabalhista. O fato de o seguro de vida constituir-se em obrigação assumida pela empregadora, e que aderiu ao contrato do trabalho do autor, não desloca a competência para a Justiça Comum, pois diretamente ligado ao contrato de trabalho (artigo 114 da Constituição Federal de 1988). Agravo de instrumento a que se nega provimento." (6ª T. – AIRR 76740-08.2006.5.03.0025 – Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga – DJU 06/06/2008).

8. In A Reforma do Judiciário e os Novos Marcos da Competência Material da Justiça do Trabalho no Brasil (In COUTINHO, Grijalbo Fernandes e FAVA, Marcos Neves. Nova Competência da Justiça do Trabalho. LTr: 2005, p. 153).

9. In Interpretação e Aplicação da Constituição. 6ª ed. Saraiva: 2004, p. 70/71.

uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo. Com argúcia e espírito, José Carlos Barbosa Moreira estigmatiza a equivocidade desta postura:

"Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação... em que o olhar do interprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que lhe capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica".

Outra questão, já com ênfase na interpretação do art. 114, IX/CR, é que o Poder Constituinte Derivado criou e reservou à Justiça do Trabalho, a competência material residual por derivação legislativa infraconstitucional.

E, de igual sorte, a obrigação de contratar e fornecer a apólice de seguro de vida e/ou acidentária pode, também, decorrer da previsão dos instrumentos normativos que regem o Direito Coletivo do Trabalho (acordos coletivos e convenções coletivas), art. 7º, XXVI e 8º, III e VI/CR e art. 611/CLT.

Tratam-se de típicos institutos do Direito do Trabalho, criados com fundamento na autonomia privada coletiva[10], originária na negociação entre as entidades sindicais ou com a empresa, mediante prévia aprovação dos trabalhadores em assembléia específica, art. 612/CLT, no exercício de sua liberdade e autonomia na organização e deliberações sindicais art. 8º, I/CR, com o objetivo de implementar o enunciado constitucional da melhoria de suas condições sociais, art. 7º, "caput"/CR.

E, justamente por se tratar de obrigação que tem origem e fundamento de existência e validade na norma coletiva das categorias, arts. 7, XXVI e 8º, III/CR e 613, IV/CLT, é que, também por este prima e enfoque, a competência material é da Justiça Especializada do Trabalho, por expressa previsão do art. 1º da Lei 8.984/1995, naturalmente recepcionado pela competência constitucional residual por derivação legislativa, art. 114, IX/CR.

10. "A autonomia privada coletiva não se confunde com a negociação coletiva de trabalho. Esta é efeito decorrencial daquela e sua manifestação concreta. A autonomia privada coletiva é o poder social dos grupos representados auto-regularem seus interesses gerais e abstratos, reconhecendo o Estado a eficácia plena dessa avença em relação a cada integrante dessa coletividade, a par ou apesar do regramento estatal – desde que não afronte norma típica de ordem pública. Ou, como bem diz Gian Carlo Perone, é o "poder de negociar a regulamentação desses interesses (coletivos), ficando todavia, entendido que se está diante de uma manifestação de autonomia privada, isto é, de capacidade de estabelecer livremente a posição dos próprios interesses considerada objetivamente mais conveniente, independentemente da necessidade de alcançar finalidades indicadas por sujeitos estranhos ou mesmo pelo Estado" (In "A Ação Sindical nos Estados Membros da União Européia", Ed. LTr, 1999, p. 22). (...)
A Constituição Federal de 1988 é expressa a arrolar, entre os direitos sociais que assegura, o "reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho" (art. 7º, inciso XXVI), aí conferindo não apenas validade aos instrumentos negociais nominados – visão apequenada desse direito social. A elocução constitucional transcende, em muito, à forma de exteriorização do pactuado. Contém, na verdade, o reconhecimento estatal do poder inerente às pessoas e, pois, aos grupos por ela organizados de autoconduzirem-se, de co-decidirem sobre o ordenamento de condições de trabalho, de protagonizarem a autocomposição de seus interesses coletivos, solverem suas desinteligências fora do Estado, pela via do entendimento direto, valendo, o que restar pactuado, como lei entre as partes e cada um dos membros representados, se inexistir malferimento a norma de ordem pública estatal". IN TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Instituições de Direito do Trabalho. LTr: 2005. 22ª ed., Vol. II, p. 1.189, 1.190 e 1.191.

4. Tutela da ordem jurídica dos direitos sociais e a Competência da Justiça do Trabalho. Interpretações. Exclusão das Incoerências Jurídicas:

Diante das premissas das demais hipóteses de competência material da Justiça do Trabalho, em que a controvérsia se resolve pela teoria da responsabilidade civil, como expressamente prevê o art. 8º/CLT (v.ex., 1. danos morais puros, Súmula 392/TST. 2. seguro desemprego, Súmula 389/TST. 3. acidentes de trabalho e/ou doenças ocupacionais, STF – T. Pleno – CC 7204/MG), deve-se buscar, para a coerência e compatibilidade das interpretações jurisdicionais, da unidade do Direito Judiciário do Trabalho, o ponto de equilíbrio e congruência também para esta hipótese de conflito, já que existente as mesmas razões e fundamentos jurídicos das anteriores, e, portanto, a preservação da coerência, harmonia e completude do ordenamento.

Ora, se a função do direito é o equilíbrio, a razão de ser do direito também é o equilíbrio, porque é isso que o direito melhor sabe proporcionar. Por conseguinte, a figura do juiz se agiganta, como a de quem devolve a serenidade e a proporção perdida das prestações obrigacionais, atividade fundamental à essência do exercício de qualquer direito. (...).

O injusto não é de ser atingido pela interpretação jurídica. A hermenêutica do direito não pode conduzir à injustiça, não pode ser causa de desorientação, de perda de valores fundamentais para a sobrevivência do homem, da perda do estado de igualdade. Não há método jurídico que se preze, que possa conduzir o intérprete à injustiça. E para que se não corra esta risco, é necessário obrigar o intérprete a enfrentar o contexto, conhecer o pretexto e dizer o texto, antes de tudo, jungido ao compromisso de não fugir do roteiro ético que o valor científico de pensar o direito lhe impõe. E esse trabalho é muito mais difícil do que identificar o sentido da norma, porque, na verdade, ele é o de busca de solução ética e não se contenta com o simples dizer o direito, mas consiste em expurgar o que é injusto da solução dada. (...).

O problema é que a realidade demonstra que nem sempre nas relações privadas há igualdade entre os sujeitos e que quando ela falta os critérios de justiça hão de ser outros: ou justiça distributiva, ou justiça social; mas não comutativa. Mas os técnicos de direito privado insistem em invocar a igualdade das partes, o princípio do pacta sunt servanda, para exigir a necessária fidelidade ao vínculo criado pelos sujeitos, quando é tão evidente a inocorrência de hipótese verdadeira de vinculação livre e igualitária de vontades. E é essa lealdade intelectual que falta aos cientistas do direito, muitas vezes, quando se permitem olvidar da natureza verdadeira do vínculo jurídico e reconhecem a consequência jurídica dele, desprezando a desproporcionalidade de prestações, que torna, sem qualquer dúvida, impossível a realização do meio-termo, do justo"[11].

A inadimplência da obrigação de seguro, que tem origem e fundamento na pré-existência do contrato de emprego, em suas normas coletivas e na própria legislação trabalhista sobre as utilidades não salariais fornecidas, constituiu prática ilegal e abusiva no mercado de consumo, art. 187/CC, e violação da função social contratual, art. 421/CC.

Ainda, caracteriza dano à toda uma coletividade indeterminada, art. 81/CDC, tanto os empregados na frustração da fruição de sua proteção jurídica, quanto, também, os empregadores, na lesão da garantia contratual adquirida com o objetivo de prevenção ou de reparação acidentária, art. 7º, XXII e XXVIII/CR, em seus efeitos pecuniários.

Ora, o empregador contrata o objeto da apólice justamente em benefício de seus empregados, para lhes minimizar eventuais prejuízos materiais decorrentes dos infortúnios de acidentes e doenças (com ou sem nexo com o trabalho), mas, também se vê frustrado por aquela inadimplência, suscetível, inclusive, de ser responsabilizado por eventual culpa na escolha (in eligendo) da empresa de seguros, e, como tal, também é parte lesada, pelo descumprimento contratual da mesma.

Trata-se de lesão à própria ordem jurídica trabalhista e seus principais destinatários, empregados e empregadores, o que justifica, pois, a competência material da Justiça do Trabalho para apreciação desta matéria, art. 114, VI e IX/CR, a fim de se dar efetividade e materialidade aos direitos sociais previstos nos arts. 7º, XXII, XXVI e XXVIII e 8º, III e VI/CR, direitos estes que se inserem no âmbito de normatividade dos direitos fundamentais, art. 5º, § 2º/CR[12].

E, justamente pelos direitos sociais do trabalho serem interpretados como direitos fundamentais (de 2ª dimensão), deve-se lhes aplicar, de igual maneira, o princípio da efetividade[13] das normas constitucionais, art. 5º, §1º/CR, para proteção do ser humano.

Defender o direito a todo custo não é necessariamente defender a norma a todo custo. É defender o homem a todo custo, valor supremo da razão de ser do direito. Por isso se diz que o direito se acha na luta (Ihering), e essa idéia, expressa na obra de Kampf um's Recht do célere autor, firmava o conceito de sentimento do direito (Rechtsgefühl).

Lutar pelo direito é "lutar pela conservação moral da pessoa".

Por isso dizemos que "é um aspecto essencial da conditio humana que nós procuremos a justiça, que não a encontremos no mundo e nem ao menos possuamos estereótipos fixos de Justiça: Justiça é uma tarefa, tanto como um problema eterno da definição do que é Justiça, quanto como uma tentativa de agir de maneira justa e de criar um mundo (relativamente) justo.

É por isso que devemos compreender o direito como a esperança dos homens, que renasce, segundo Horácio, todos os dias, aliusque et idem"[14].

5. Conclusão:

Diante de todo este contexto, pode-se concluir que a Justiça do Trabalho detém competência material para apreciar e julgar as ações indenizatórias que versem sobre o inadimplemento de apólice de seguro (de vida e/ou acidentária) contratada pelo empregador, a favor de seus empregados, com empresa securitária, eis que:

11. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Responsabilidade da Doutrina e o Fenômeno da Criação do Direito pelos Juízes. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira. RT: 2006, p. 423 e 428.

12. O Min. do STF Sepúlveda Pertence, em seu voto proferido na ADI n.º 1.675-1, publicada no DJU em 24/09/97, mencionou que os direitos sociais do trabalho encontram-se inseridos no rol dos direitos constitucionais fundamentais, em interpretação sistemática extraída do art. 5º § 2º da CR/88. ("...os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º da Constituição se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídas no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil").

13. Aidéia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso. In BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 6ª edição. Saraiva. p. 246.

Esse princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (em caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). In GOMES CANOTILHO, José Joaquim, APUD, BARROSO, Luís Roberto. Idem, Ibidem.

14. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Op. Cit., p. 429

I. Trata-se de controvérsia que tem origem e fundamento na existência do contrato de emprego, e, a fixação da competência material independente que a solução jurídica se dê pela aplicação da teoria da responsabilidade civil, art. 8º/CLT (Precedentes do STF: 1. CJ 6959-6/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 22/02/1991. 2. RE 238.737-4/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 05/02/1999).

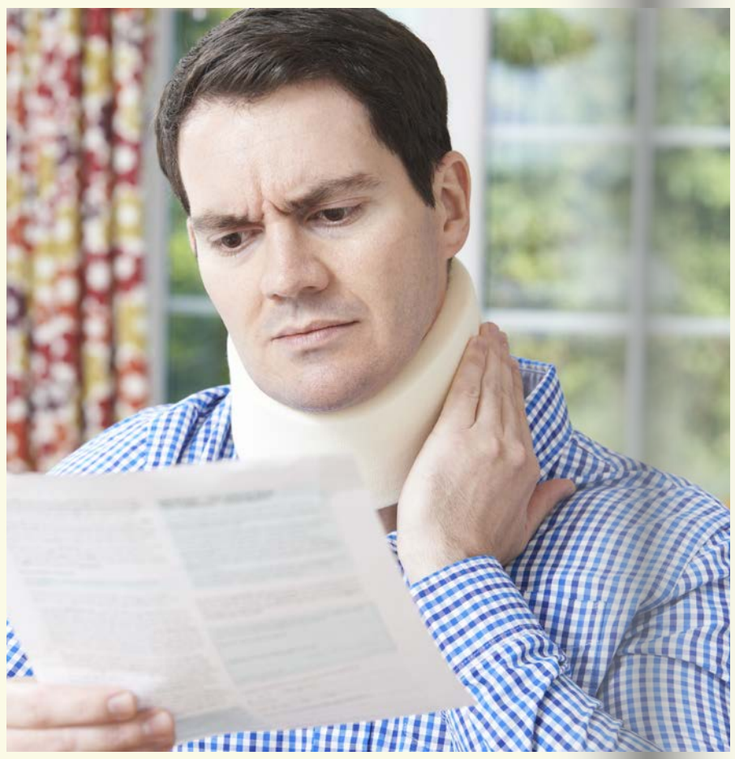
II. Já se fixou na jurisprudência, que a Justiça do Trabalho detém competência material para apreciar outras ações indenizatórias, desde que seu fundamento seja a existência da relação jurídica material de emprego, a exemplo, 1. das ações reparatórias acidentárias e/ou por acidente de trabalho (STF – T. Pleno – CC 7204/MG – Rel. Min. Carlos Ayres Brito – DJU 09/12/2005), 2. das ações de reparação por danos materiais pelo não recebimento do seguro desemprego por culpa do empregador (Súmula 389/TST), 3. das ações de reparação por danos morais puros (Súmula 392/TST).

III. A apólice de seguro é um benefício concedido em razão da liberdade de negociação e contratação entre as partes, art. 444/CLT, de natureza jurídica de utilidade não salarial, art. 458, § 2º, V/CLT, sendo que, é pacífico no âmbito da Justiça do Trabalho a legalidade e licitude do custeio compartilhado pelo empregado, mediante desconto em seu salário, art. 462/CLT e Súmula 342/TST.

IV. O art. 114, VI/CR estabeleceu a competência material da Justiça do Trabalho, de forma expansionista e ampliativa, para apreciar e julgar as ações indenizatórias em sentido lato e no plural, que tenham origem e fundamento na relação de trabalho.

V. Trata-se, pois, de competência fixada em razão da matéria, com origem e fundamento no contrato de emprego, e não dos eventuais sujeitos passivos da obrigação, a ser apreciada e resolvida pelas normas da teoria da responsabilidade civil, como expressamente prevê o art. 8º/CLT.

VI. Por outro lado, pode se tratar de benefício instituído e criado pelas normas decorrentes da autonomia privada coletiva (ACT e/ou CCT), arts. 7º, XXVI e 8º, III e VI/CR, arts. 611 e 613, IV/CLT, cuja competência material da Justiça do Trabalho fixada no art. 1º da Lei 8.984/1995, foi naturalmente recepcionada pela competência constitucional residual por derivação legislativa, art. 114, IX/CR.



VII. A inadimplência da apólice pode caracterizar dano à toda uma coletividade indeterminada, art. 81/CDC, tanto os empregados na frustração da fruição de sua proteção jurídica, quanto, também, os empregadores, na lesão da garantia contratual adquirida com o objetivo de prevenção ou de reparação acidentária, art. 7º, XXII e XXVIII/CR, em seus efeitos pecuniários.

VIII. Caracteriza, pois, uma lesão à própria ordem jurídica trabalhista e seus principais destinatários, empregados e empregadores, o que justifica, pois, a competência material da Justiça do Trabalho para apreciação desta matéria, art. 114, VI e IX/CR, a fim de se dar efetividade e materialidade aos direitos sociais previstos nos arts. 7º, XXII, XXVI e XXVIII e 8º, III e VI/CR.

IX. Trata-se, em última síntese, de compreensões e conclusões que afastam o risco da adoção da interpretação retrospectiva (e sua "patologia de hermenêutica constitucional"), e, busca adotar uma interpretação de conformidade com o princípio da efetividade das normas constitucionais, notadamente, quanto à sua aplicação aos direitos sociais do trabalhadores, que se inserem no âmbito de normatividade dos direitos fundamentais, art. 5º, § 2º/CR.

6. Referências Bibliográficas:

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª edição. Saraiva. São Paulo: 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre: 1993.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes e FAVA, Marcos Neves. **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. LTR. São Paulo: 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. LTr. São Paulo: 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 2ª edição. Malheiros. São Paulo: 2004.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. LTr: São Paulo. 2005.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira**. RT: São Paulo. 2006.

NERY JR., Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. RT. São Paulo: 2006.

SILVA, Antônio Álvares da. **Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico**. LTr. São Paulo: 2004.

_____. **Pequeno Tratado da Nova Competência Trabalhista**. LTr. São Paulo: 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22ª edição. Vol. I. LTr. São Paulo: 2005.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE PARA TRABALHADORES EM MOTOCICLETAS - Considerações acerca da Lei 12.997/2014

Melissa Restel de Carvalho Silva*
Servidora do TRT 10ª Região

Resumo: O presente trabalho tem por escopo abordar, ainda que sucintamente, os aspectos da nova "Lei do Adicional de Periculosidade – Lei 12.997/2014", que estendeu o pagamento do referido benefício também à categoria dos trabalhadores em motocicleta. Recentemente regulamentada pela Portaria nº 1.565, de 13 de outubro de 2014 (DOU de 14/10/2014 - Seção 1), do Ministério do Trabalho e Emprego, a novel legislação passou a surtir efeitos pecuniários nos contratos de trabalho dos motoboys, motofretistas e mototaxistas. Embora a instituição desse benefício represente uma importante conquista para a categoria profissional, remanesce primordial a preocupação com a saúde e segurança desses trabalhadores, que não pode ser ofuscada pela compensação remuneratória.

Palavras-chave: Adicional de periculosidade. Lei 12.997/2014. Portaria nº 1.565/2014 do MTE. Motociclistas profissionais.

* Bacharel em direito, graduada pela Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – FUFMS. Ex-Assessora Jurídica na Procuradoria Regional do Trabalho da 24ª Região/MS. Analista Judiciária no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO. Endereço eletrônico: melissa.silva@trt10.jus.br

ADDITIONAL PAYMENT FOR MOTORCYCLE WORKERS – Ponderating the Law 12.997/2014

Abstract: *The work at issue intends to broach the features of the novel Law for "Additional Payment on Hazardous Activities – Lei 12.997/2014", that has extended the benefit to comprise even the motorcycle workers. Recently regulated by the Governmental Order n. 1.565, from October, 13th, 2014 (DOU de 14/10/2014), from Ministry of Labour and Employment, the novel legislation has become to occasion monetary effects on the motoboys, motorfreights and motocabs work contracts. Despite the establishment of this benefit has brought out a significant conquest for these labours, it still remains the indispensable concern about the healthy and safety work conditions, which can't be blinded by the additional payment.*

Key-words: *Additional Payment for Hazardous Activities. Motorcycle workers.*

INTRODUÇÃO

Logo em seu exórdio, a Constituição Cidadã[1] enuncia que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

A preocupação do constituinte em garantir condições dignas de labor se revela na redação dos incisos XXII e XXIII do artigo 7º da Constituição Federal. O primeiro estabelece ser um direito do trabalhador "a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança". Estes riscos correspondem aos infortúnios laborais, ou seja, aos acidentes e às doenças profissionais. Pretende a Lei Maior que eles sejam não apenas reduzidos, mas eliminados ou neutralizados.

O inciso XXIII, por sua vez, determina a obrigatoriedade do pagamento de adicionais de remuneração para o labor em atividades penosas, insalubres ou perigosas. Referidos adicionais representam o intuito estatal de compensar o desgaste físico e mental que acomete o obreiro submetido ao desempenho de atividades prejudiciais à sua saúde e segurança.

Em consonância com o texto constitucional, a Lei 12.997, de 18 de junho de 2014, promoveu relevante inovação no Texto Consolidado para, ampliando o rol de atividades ou operações perigosas disciplinadas nos incisos I e II do art. 193 da CLT, considerar, também, como de risco acentuado, as atividades do trabalhador em motocicleta.

A matéria foi recentemente regulamentada pela Portaria nº 1.565, de 13 de outubro de 2014, do Ministério do Trabalho e Emprego, a qual aprovou o Anexo 5 – Atividades Perigosas em Motocicleta – da Norma Regulamentadora nº 16, que disciplina as "Atividades e Operações Perigosas".

Assim, cabe tecer algumas considerações acerca das razões sociolaborais e legislativas que justificaram a preocupação parlamentar que culminou na alteração do texto consolidado.

1. Denominada pelo Deputado Ulysses Guimarães, então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, por ocasião da solenidade de promulgação da Constituição.

PERICULOSIDADE PARA TRABALHADORES EM MOTOCICLETAS

O adicional de periculosidade, parcela contraprestativa devida aos trabalhadores que laboram em condições de risco acentuado, passou a ser, recentemente, estendido também à categoria dos trabalhadores em motocicletas.

Antes de adentrar à abordagem das razões sociolaborais que culminaram na edição da Lei 12.997/2014, que ampliou o rol das atividades perigosas, cumpre estabelecer uma breve conceituação do instituto e analisar, ainda que perfunctoriamente, a evolução histórica da legislação nacional acerca do tema.

1 CONCEITO DE PERICULOSIDADE

Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Compagnoli e Graziel Pedroso de Abreu[2] definem trabalho periculoso como sendo aquele "prestado no ambiente de trabalho onde se encontram presentes os agentes que podem atuar instantaneamente, com efeitos danosos imediatos, uma vez que podem levar à incapacidade ou morte repentina do obreiro" (in GUNTHER, Luiz Eduardo e MANDALOZZO, Silvana Souza Netto, 25 anos da Constituição e o Direito do Trabalho. Curitiba: Juruá, 2013, p.29).

Conforme assevera Sebastião Geraldo de Oliveira, "de certa forma, todo trabalho encerra algum perigo, observando, entretanto, que, em algumas atividades, esse risco é mais acentuado" (in Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 202).

Desse modo, tem-se que o exercício da atividade laborativa em ambiente perigoso é mais desgastante que aquele exercido sob condições tidas como normais, porque exige vigilância permanente do obreiro, além de submeter o trabalhador ao convívio constante com a possibilidade de ocorrência de acidentes. Assim, como meio de compensar o desgaste, instituiu-se o adicional de periculosidade.

Em uma perfunctória digressão histórica sobre a legislação nacional acerca do instituto, tem-se que a primeira norma a tratar do adicional de periculosidade foi a Lei 2.573/1955, que previa o pagamento de um adicional de 30% sobre o salário dos trabalhadores que exercessem suas atividades em contato permanente com inflamáveis, conferindo ao então "Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio" a faculdade de ampliar o rol de atividades profissionais delimitado pela lei[3].

O artigo 193 da CLT, em sua redação original, não disciplinava o adicional de periculosidade, limitando-se a dispor sobre a necessidade de dispositivos de partida nas máquinas que assegurassem o início de movimentos sem perigo para os trabalhadores[4]. Esse artigo teve a sua redação alterada pelo Decreto

2. Adicional de periculosidade: uma breve exposição sobre as inovações da Lei 12.740/12.

3. Art. 2º Consideram-se, para os efeitos desta lei, como condições de periculosidade, os riscos a que estão expostos os trabalhadores decorrentes do transporte, da carga e descarga de inflamáveis, do reabastecimento de aviões ou de caminhões-tanques e de postos de serviço, enchimento de latas e tambores, dos serviços de manutenção e operação em que o trabalhador se encontre sempre em contato com inflamáveis, em recintos onde estes são armazenados e manipulados ou em veículos em que são transportados.

4. Art 193. Haverá nas máquinas dispositivos de partida que lhe permitam o início de movimentos sem perigo para os trabalhadores.

-Lei 229/67, passando a tratar da proibição da fabricação, venda, locação ou uso de máquinas em desacordo com as disposições constantes do capítulo que trata da segurança do trabalho[5].

Foi apenas com a Lei 6.504/77 que o Texto Consolidado consagrou as atividades e operações perigosas, considerando, para tanto, aquelas que implicassem contato permanente com inflamáveis ou explosivos, em condições de risco acentuado[6]. A regulamentação da matéria ficou a cargo do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) que, a partir da expedição da Portaria n.º 3.214, de 08 de junho de 1978, vem disciplinando o instituto em sede infralegal.

2 PROPOSIÇÃO ORIGINÁRIA DA LEI 12.997/2014: PROJETO DE LEI 2865/2011

O Projeto de Lei 2865/2011, de autoria do Senador Marcelo Crivella do PRB/RJ, posteriormente transformado na Lei Ordinária em estudo, foi apresentado ao Plenário do Órgão Legislativo em 07/12/2011, tendo como proposta a alteração do caput do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), "[...] para considerar perigosas as atividades de transporte de passageiros e mercadorias e os serviços comunitários de rua, regulamentados pela Lei 12.009 de 29 de julho de 2009 [...]".

Conforme o Projeto, o artigo 193 da CLT passaria a ter a seguinte redação:

> *Art. 193. São consideradas atividades perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, as que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem permanente contato com inflamáveis e explosivos e as atividades de mototaxista, de motoboy e de motofrete, bem como o serviço comunitário de rua, regulamentados pela Lei nº 12.009, de 29 de julho de 2009.*

5. Art. 193. Não serão permitidas a fabricação, a venda, a locação e o uso de máquinas e equipamentos que não atendam às disposições dêste Capítulo. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 229, de 28.2.1967)

6. Art . 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Submetida a Proposição ao crivo das Comissões Permanentes, operou-se a aprovação de um substitutivo pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), com o objetivo de adequar o texto original do Projeto às modificações introduzidas na CLT pelas Leis 12.009/09[7] e 12.740/12[8].

No que tange à Lei 12.009/09, a medida se justificou em razão do fato de ter sido vetado[9] pelo Poder Executivo o parágrafo único do art. 3º da referida norma, que instituía o serviço comunitário de rua. Assim sendo, haveria uma incompatibilidade técnica insuperável em se garantir a percepção de um adicional de periculosidade para uma atividade que não foi legalmente reconhecida.

Em relação às modificações introduzidas pela Lei 12.740/12, o substitutivo atualizou o texto original do Projeto, para acrescentar à sua redação, também como atividades perigosas, a exposição à energia elétrica, a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, analisando a matéria, decidiu pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do Projeto de Lei nº 2865-A e pela constitucionalidade e juridicidade do Substitutivo da CTASP, acrescentado, porém, à redação, uma subemenda substitutiva para adequação da técnica legislativa, pelos seguintes motivos:

> *No que se refere à técnica legislativa, o Substitutivo adotado pela CTASP tem uma falha na redação da ementa, uma vez que o substitutivo não altera o caput do artigo 193 da CLT, mas apenas acrescenta um parágrafo 4º ao artigo.*
>
> *Por outro lado, o substitutivo da CTASP também peca na redação ao especificar e discriminar quais categorias profissionais serão contempladas com o adicional. [...]*
>
> *[...] a lei protege genericamente a atividade exercida e não uma categoria específica de trabalhador, basta estar exposto a inflamáveis, explosivos ou energia elétrica. Isto para não cometer injustiça a uma categoria que, embora esteja sujeita às mesmas condições de periculosidade, não seria contemplada em face da restrição legal. Nesse sentido, substituímos a expressão "mototaxista, de motoboy e de motofrete" pela expressão "trabalhador em motocicleta", o que evitará demandas judiciais de trabalhadores que solicitarão o tratamento isonômico.*

7. Regulamenta o exercício das atividades dos profissionais em transporte de passageiros, "mototaxista", em entrega de mercadorias e em serviço comunitário de rua, e "motoboy", com o uso de motocicleta, altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, para dispor sobre regras de segurança dos serviços de transporte remunerado de mercadorias em motocicletas e motonetas – moto-frete –, estabelece regras gerais para a regulação deste serviço e dá outras providências.

8. Altera o art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de redefinir os critérios para caracterização das atividades ou operações perigosas, e revoga a Lei nº 7.369, de 20 de setembro de 1985.

9. Razões do veto: "Para instituir nova modalidade de serviço de segurança privada, a proposta deveria ter contemplado mecanismos de controle e fiscalização do seu exercício, determinando, entre outros requisitos, a forma de registro dos profissionais e os cursos necessários à sua capacitação. Da forma como está redigido, o Projeto de Lei não deixa claro como se daria o serviço comunitário de rua, podendo gerar dúvidas quanto à sua compatibilidade com os serviços desenvolvidos pelos órgãos de segurança pública".

Desse modo, a redação original do Projeto de Lei 2865/2011 foi alterada para, mantendo-se a redação do caput do artigo 193 da CLT, com as inovações introduzidas pela Lei 12.740/12, acrescentar ao referido dispositivo o §4º, determinando que "São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta".

A relevância e a urgência da inovação legislativa podem ser muito bem observadas nas justificativas formuladas pelo Deputado Márcio Marinho, do PRB/BA, quando da elaboração de parecer sobre o Projeto de Lei nº 2.865-B de 2011, conforme se observa:

> *Vemos com muito bons olhos a iniciativa aprovada no Senado Federal para considerar as atividades de transporte de passageiros e mercadorias e os serviços comunitários de rua como atividades perigosas, por meio de modificação da CLT.*
>
> *Registre-se que a medida, na Casa de origem, foi fundamentada em relatório elaborado pelo Corpo de Bombeiros do Estado de São Paulo que constatou um aumento substancial nas estatísticas dos acidentes fatais ou de que resultaram lesões corporais graves. Com efeito, temos observado um crescimento desses índices não apenas em São Paulo, mas em todo o País e as razões são muitas, a exemplo da ampliação da frota de veículos, em especial, das motocicletas, e dos casos de violência praticados contra motoristas em geral, entre outros.*
>
> *Interessante notar que, no dia 02 de maio deste ano, foi publicada a Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012, dispondo sobre o exercício da profissão de motorista para regular e disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção desses profissionais, entre outras providências, o que demonstra a atualidade do tema, em que pese o projeto restringir os seus efeitos às atividades feitas com o uso de motocicleta. E os dados recentes acerca de acidentes no trânsito envolvendo esses veículos, mais do que justificar o projeto em epígrafe, o tornam imprescindível.*
>
> *Dados do Ministério da Saúde indicam que, em um período de nove anos, as mortes por acidentes com motocicletas quase triplicaram, sendo que, do total de mortes no trânsito verificadas em 2010, os acidentes com motos representaram cerca de vinte e cinco por cento, colocando o Brasil em quinto lugar entre os países com o maior número de mortes provocadas por veículos terrestres.*

Além disso, devemos considerar o fato de que o projeto visa a atender os interesses das pessoas que dependem do veículo para obter seus ganhos remuneratórios, uma vez que a Lei nº 12.009, de 2009, mencionada expressamente no texto que se pretende dar ao art. 193 da CLT, restringe-se às atividades profissionais exercidas com motos.

Outro aspecto digno de nota é o fato de que a CLT foi promulgada há quase setenta anos e, desde então, as relações sociais em nosso País sofreram alterações substanciais. No entanto algumas matérias tratadas naquele instrumento legislativo não acompanharam essas modificações e essa desatualização é prejudicial a muitas categorias.

É o caso da definição da periculosidade que, no texto da CLT, é restrita às atividades em que há contato permanente com inflamáveis e explosivos. Com o passar dos anos, vimos que inúmeras outras situações podem e devem ser inseridas no conceito de atividade perigosa. Foi o que ocorreu, por exemplo, com os empregados no setor de energia elétrica, com a edição da Lei nº 7.369, de 20 de setembro de 1985.

Nessa mesma linha de raciocínio, e com fundamento nos argumentos acima lançados, entendemos que devam ser incorporadas ao conceito de periculosidade as atividades de mototaxista, de motoboy, de motofrete. [...]

Conforme relatado no parecer, as estatísticas com relação ao número de mortes no trânsito são assustadoras, sendo certo que os acidentes fatais envolvendo motociclistas quase triplicaram em menos de dez anos. Por isso, justificou-se premente a necessidade de enquadramento das atividades dos motoristas profissionais como periculosas.

O requerimento de inclusão em pauta, elaborado pelo Deputado Federal Walter Tosta do PSD/MG considerou, ainda, "que há um grande número de aposentadorias por invalidez e mortes decorrentes de acidentes de motocicletas. Sobretudo, acidentes sofridos por pessoas que utilizam motocicleta em seus trabalhos".

A preocupação do parlamentar tem respaldo na pesquisa formulada pelo Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos - CEBELA. Segundo o Mapa da Violência sobre Acidentes de Trânsito e Motocicletas[10], divulgado pela instituição no ano de 2013, o número de mortes de motociclistas passou de 1.421, em 1996, para 14.666, em 2011, representando um crescimento de 932,1%. O estudo aponta, ainda, que as motocicletas transformaram-se na causa principal do aumento da mortalidade nas vias públicas nacionais. Em 2011, as mortes de motociclistas representaram 1/3 dos óbitos no trânsito.

Se, por um lado, a mera inserção do adicional na folha de pagamento não traz reflexos diretos na segurança e saúde desses trabalhadores, por outro, pode-se afirmar que, ao menos, houve um reconhecimento formal dos riscos inerentes a esse tipo de atividade,

10. in http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_transito.pdf

podendo-se deflagrar, a partir daí, um estudo particularizado, específico e direcionado à implementação de medidas de prevenção e segurança voltadas ao meio ambiente de trabalho específico dos motociclistas profissionais.

3 APLICABILIDADE DA LEI 12.997/2014

A partir da vigência da Lei 12.997/2014, em 20 de junho de 2014, o art. 193 da CLT passou a compor-se de mais um parágrafo, conforme se observa:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (Redação dada pela Lei nº 12.740, de 2012)

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)

§1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

§2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

§3º - Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)

§4º - São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. (Incluído pela Lei nº 12.997, de 2014)

Destaque-se que o caput do mencionado dispositivo faz expressa referência à necessidade de regulamentação pelo Ministério do Trabalho e Emprego, sendo que o poder regulamentar a que o Texto Consolidado se refere está consagrado no art. 155, caput e inciso I, e art. 200, caput, do mesmo diploma legal, que dispõem, respectivamente:

Art. 155 - Incumbe ao órgão de âmbito nacional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - estabelecer, nos limites de sua competência, normas sobre a aplicação dos preceitos deste Capítulo, especialmente os referidos no art. 200;

[...]

Art . 200 - Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este Capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Assim, conforme elucidam Adriana de Fátima P. L. Campagnoli e Graziel Pedroso de Abreu[11]:

> *[...] o legislador, não sendo hábil a criar regulamentação sobre a matéria, porque de alta complexidade técnica, há que delegar ao órgão competente a função de instituí-la, permanecendo aquela apenas no regramento básico, calcado nos critérios políticos e administrativos e transferindo a competência para a regulamentação técnica.*

Revela-se, portanto, imprescindível, por parte do Órgão Ministerial, o detalhamento das questões técnicas atinentes à matéria, as quais demandam conhecimento específico de profissionais habilitados para tanto.

A par disso, o Ministério do Trabalho e Emprego expediu a Portaria nº 439 de 14 de julho de 2014, disponibilizando para consulta pública o texto técnico básico de criação do Anexo V (Atividades Perigosas em Motocicleta) da NR-16, que trata das atividades e operações perigosas. O debate é feito por um Grupo de Trabalho Tripartite, com a participação de representantes do governo, dos trabalhadores e dos empregadores.

O texto sugerido para compor o Anexo V da NR-16 trazia a seguinte redação, verbis:

11. in Adicional de Periculosidade – uma breve exposição sobre as inovações da Lei 12.740/12; Gunther, Luiz Eduardo, 25 anos da Constituição e o direito do trabalho, Curitiba: Juruá, 2013, p.37:

ANEXO V da NR-16
(Proposta de Texto)

ATIVIDADES PERIGOSAS EM MOTOCICLETA

1. As atividades laborais com utilização de motocicleta ou motoneta no deslocamento de trabalhador em vias públicas urbanas e rurais são consideradas perigosas.

2. Não são consideradas perigosas, para efeito deste anexo:

a) a utilização de motocicleta ou motoneta exclusivamente no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela;

b) as atividades em veículos que não necessitem de registro no órgão de transito.

(D.O.U. de 15/07/2014 - Seção 1)

Expirado o prazo de consulta pública, o Órgão Ministerial expediu, no último dia 13 de outubro (DOU de 14/10/2014 - Seção 1), a Portaria de nº 1.565, que aprovou o Anexo V da Norma Regulamentadora (NR) 16, para disciplinar as "Atividades Perigosas em Motocicleta", conforme se observa:

GABINETE DO MINISTRO

PORTARIA Nº 1.565, DE 13 DE OUTUBRO DE 2014

Aprova o Anexo 5 - Atividades Perigosas em Motocicleta - da Norma Regulamentadora nº 16 - Atividades e Operações Perigosas e dá outras providências.

O MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO, no uso das atribuições que lhe conferem o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e os arts. 155, 193 e 200 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, resolve:

Art. 1º Aprovar o Anexo 5 - Atividades Perigosas em Motocicleta - da Norma Regulamentadora nº 16 - Atividades e Operações Perigosas, aprovada pela Portaria 3.214, de 8 de junho de 1978, com a redação constante no Anexo desta Portaria.

Art. 2º Os itens 16.1 e 16.3 da NR16, aprovada pela Portaria 3.214, de 8 de junho de 1978, passam a vigorar com a seguinte redação:

16.1. São consideradas atividades e operações perigosas as constantes dos Anexos desta Norma Regulamentadora - NR.

16.3 É responsabilidade do empregador a caracterização ou a descaracterização da periculosidade, mediante laudo técnico elaborado por Médico do Trabalho ou Engenheiro de Segurança do Trabalho, nos termos do artigo 195 da CLT.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

MANOEL DIAS

ANEXO

ANEXO 5 - ATIVIDADES PERIGOSAS EM MOTOCICLETA

1. As atividades laborais com utilização de motocicleta ou motoneta no deslocamento de trabalhador em vias públicas são consideradas perigosas.

2. Não são consideradas perigosas, para efeito deste anexo:

a) a utilização de motocicleta ou motoneta exclusivamente no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela;

b) as atividades em veículos que não necessitem de emplacamento ou que não exijam carteira nacional de habilitação para conduzi-los;

c) as atividades em motocicleta ou motoneta em locais privados.

d) as atividades com uso de motocicleta ou motoneta de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

O reflexo prático mais notável da regulamentação pelo MTE diz respeito aos efeitos pecuniários da Lei 12.997/2014. Isso porque, conforme disciplina o art. 196 da CLT, "Os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de insalubridade ou periculosidade serão devidos a contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministro do Trabalho, respeitadas as normas do artigo 11".

Isso significa dizer que, enquanto pendente de regulamentação, a Lei 12.997/2014, que ampliou o rol das atividades perigosas descritas no art. 193 da CLT, não surtiu efeitos remuneratórios nos contratos de trabalho dos obreiros beneficiados com o referido adicional.

A dependência de regulamentação pelo Órgão Executivo, embora pareça minar a efetividade da novel legislação, coaduna-se integralmente com a previsão normativa expressa da CLT, no sentido de que a caracterização das atividades ou operações perigosas dar-se-á "na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego", consoante disciplina o art. 193, caput, do texto consolidado.

Ademais, continua sendo imprescindível, para a caracterização da periculosidade, a realização de perícia técnica a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, devidamente registrados no Ministério do Trabalho (art. 195 da CLT). Ressalva-se aqui, obviamente, a hipótese de pagamento espontâneo do adicional de periculosidade pelo

empregador, o que, nos termos da Súmula 453 do TST, caracteriza "fato incontroverso", a afastar a necessidade da prova pericial de que trata o art. 195 da CLT[12].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem sucinta delineada neste artigo, longe de incursionar nos reflexos multifacetados da instituição do adicional de periculosidade para os trabalhadores em motocicletas, pretendeu apenas abordar as razões embrionárias da inovação legislativa.

Viu-se que o Projeto de Lei do Senado Federal que culminou na edição da Lei 12.997/2014, embora de tramitação relativamente recente na Casa Legislativa, vez que datado de 2011, intencionou evidenciar a alarmante situação de risco que circunda a atividade dos trabalhadores em motocicletas.

O alargamento do rol das atividades perigosas não representa tão somente um acréscimo remuneratório na folha de pagamento desses trabalhadores; a inovação legislativa formaliza a preocupação dos representantes do estado e da sociedade em reconhecer a elevada taxa de acidentes, aposentadorias por invalidez e mortes que acometem cotidianamente os motociclistas profissionais.

Alimenta-se a pretensão de que a linha diretriz da inovação legislativa atinja a saúde laboral na sua essência, evitando-se que a equiparação monetária pelo risco acentuado das atividades dos trabalhadores em motocicletas seja tão somente retributiva, mas que se traduza em um fator de estímulo para a deflagração e intensificação de promoção de medidas de precaução, prevenção e segurança no meio ambiente de trabalho desses profissionais.

REFERÊNCIAS

GUNTHER, Luiz Eduardo e MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. **25 anos da Constituição e o Direito do Trabalho. Adicional de periculosidade: uma breve exposição sobre as inovações da Lei 12.740/12** - Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Compagnoli e Graziel Pedroso de Abreu Curitiba: Juruá, 2013, p.29.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador.** 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2011.

WAISELFISZ, JULIO JACOB. Mapa da Violência 2013: Acidentes de Trânsito e Motocicletas. http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_transito.pdf. Rio de Janeiro, 2013.

12. SUM-453 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. CARACTERIZAÇÃO DE FATO INCONTROVERSO. DESNECESSÁRIA A PERÍCIA DE QUE TRATA O ART. 195 DA CLT. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 406 da SBDI-1) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014 O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a realização da prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas

DISCRIMINAÇÃO RACIAL E ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Rúbia Zanotelli de Alvarenga[1]
Advogada

Sumário: 1. Discriminação e direito do trabalho; 2. Discriminação racial e assédio moral no trabalho.

INTRODUÇÃO

Este artigo inicia-se de forma diferente da que, comumente, iniciam-se os artigos pertinentes à área do Direito Trabalhista. Meio anacrônica, mas que intenta constatar a noção de preconceito de raça (étnico), e uma de suas grandes consequências, o assédio moral, vigente neste País há séculos.

O estudo não se atém a fatos específicos da História como é usual, e, sim, basicamente, a situações ocorridas a um grande poeta simbolista da Literatura brasileira, Cruz e Sousa (1861- 1898). Em um artigo intitulado "A trajetória do negro na Literatura Brasileira", Domício Proença Filho - um dos grandes estudiosos brasileiros -, situa o negro em duas posições: a primeira, como ser-objeto e, numa segunda visão, distanciada, como sujeito, numa atitude compromissada na luta por um melhor lugar social. Tal estudo gerou a motivação de iniciar este artigo, que se

1. Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela Puc Minas. Professora de Direito da Faculdade Casa do Estudante e advogada.
PROENÇA, Domicio Filho. A trajetória do negro na literatura brasileira. Estud. av. v.18 n.50 São Paulo jan./abr. 2004. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100017. Acesso em: 23/11/2014.

alicerça na primeira visão de Proença Filho (aquela em que o negro é visto como objeto) , com um trecho de um texto em prosa de Cruz e Sousa, um dos poetas que mais sofreram o preconceito racial no Brasil, mesmo tendo excelente escolaridade. Porém, ao perder a proteção do padrinho adotivo, um homem branco e rico, o poeta advogado viu-se vítima de um preconceito racial tão intenso que culminou, praticamente, em sua expulsão do estado natal, Santa Catarina, pois não conseguia trabalho condizente com sua escolaridade e, quando conseguia, era tão perseguido que não aguentava conviver com o assédio moral a que era submetido por ser negro, desiludindo-se em cada vínculo empregatício. Tamanho sofrimento o obrigou a buscar um reinício de vida no Rio de Janeiro, onde, também, não conseguiu um trabalho que fizesse jus à sua formação.

Em decorrência dessa convivência com o preconceito, Cruz e Souza deu à luz um texto em prosa intitulado "Emparedado", do qual se cita, a seguir, um trecho, que reflete magnificamente como se devem sentir os trabalhadores negros impedidos de desempenhar em paz suas atividades de trabalho em função do preconceito étnico e do assédio moral a que são submetidos por essa herança histórico-cultural perversa que aflige milhares de afrodescendentes no dia a dia, veja-se:

> *Se caminhares para a direita, baterás e esbarrarás ansioso, aflito, numa parede horrendamente incomensurável de Egoísmos e Preconceitos! Se caminhares para a esquerda, outra parede, de Ciências e Críticas, mais alta do que a primeira. Se caminhares para a frente, ainda nova parede, feita de Despeito e Impotências, tremenda, de granito, broncamente se elevará do alto! Se caminhares, enfim, para trás, há ainda uma derradeira parede, fechando tudo, fechando tudo - horrível! - parede de Imbecilidade e Ignorância, te deixará n'um frio espasmo de terror absoluto. (...) E as estranhas paredes hão de subir – longas, terríficas! Hão de subir, subir, subir mudas, silenciosas, até as Estrelas, deixando-te para sempre perdidamente alucinado e emparedado dentro do teu Sonho [...]*[2]

Passados mais de cem anos do ocorrido a Cruz e Sousa, a metáfora do emparedamento continua, infelizmente, subesistindo, não na forma do racismo explícito – visto que, hoje, existem leis punitivas à pratica dele, mas em sua maneira mais subreptícia, o assédio moral, ocorrente principalmente em ambientes de trabalho, onde pode acontecer de modo vertical descendente, ascendente ou horizontal.

É dessa prática nociva ao trabalhador de etnia negra que trata este artigo, pelo qual se busca visualizar aquilo em que a justiça do trabalho avançou no combate ao ato e aquilo em que se precisa avançar.

2. Cruz e Sousa, o notável poeta do simbolismo brasileiro, é um caso singular. Negro, filho de escravos alforriados, com nome, sobrenome e educação esmerada ganhos dos senhores de seus pais, tendo sofrido amargamente a violência do preconceito que o impediu, entre outras discriminações, de assumir o cargo de promotor público em Laguna, deixa entrever na sua obra as marcas do conflito em que se dilacerava. No plano da ação, assume a luta contra a opressão racial e, entre outras atividades, dirige o jornalzinho O Moleque, significativo desde o título, e deixa nove poemas e dois textos em prosa comprometidos com a causa abolicionista. Sua obra literária é um testemunho de sua luta contra o preconceito e o assédio moral. Seu texto em prosa "O Emparedado" não dá margem a dúvidas sobre isso. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100017. Acesso em: 23/11/2014.

Como, ao que parece, o emparedamento ao negro tende a existir de modo mais discreto, um de seus tentáculos mais cruéis, o assédio moral, continua a fazer vítimas silenciosamente, dada a dificuldade de se flagrarem suas ocorrências, em virtude da natureza subreptícia das ações cometidas contra as vítimas.

1. Discriminação e direito do trabalho

Apesar de todas as conquistas sociais do último século, alguns direitos básicos dos cidadãos carecem de uma base mais sólida para serem incorporados pela população em geral, pelas esferas do Governo e pela iniciativa privada. Um desses direitos é a garantia do acesso livre ao trabalho sem discriminação.

Nesse contexto, informa Manoel Jorge e Silva Neto, discriminar o portador de deficiência, os negros, índios, mulheres, idosos, homossexuais e até aqueles trabalhadores que optam por um traço estético peculiar – cabelos longos, barba, cavanhaque, tatuagem, piercing – tem se convertido em prática mais constante do que podemos supor à primeira vista. O mesmo se diga a respeito dos trabalhadores que optam por determinado segmento religioso e são discriminados por isso[3].

Na visão do autor em referência, a solução para as práticas discriminatórias empresariais passa necessariamente pela mudança da cultura quanto à diversidade[4].

Sendo assim, é urgente aprofundar uma cultura da justiça social em que a tutela dos direitos fundamentais do trabalhador seja respeitada, pois é para o bem-estar do ser humano que o trabalho se direciona. É para garantir a observância quanto à integridade física, psíquica, moral e intelectual do trabalhador que se devem voltar as leis que rejam as relações interpessoais, hierárquicas ou não, nos ambientes em que se processe o trabalho. Isso representa sinônimo de justiça social.

E, como bem expressa Yara Maria Pereira Gurgel: "O fundamento principal de todo o ordenamento jurídico ocidental é o princípio da dignidade da pessoa humana, agregado ao princípio da igualdade e não discriminação"[5].

Assim, também conforme Yara Maria Pereira Gurgel, toda e qualquer forma de discriminação baseada em razões como raça, sexo, cor, estado civil, orientação sexual, idade, nacionalidade ou condição física, além de arbitrária, contrariará o princípio da dignidade da pessoa humana[6].

Ainda segundo Yara Maria Pereira Gurgel, a discriminação nas relações de trabalho, como fator antissocial, exclui pessoas, desrespeita os direitos de personalidade, a dignidade da pessoa humana, gera humilhação, estresse, o mobbing e a depressão[7].

Segundo Marlon Marcelo Murari: "O direito à igualdade também impõe limites ao poder de direção do empregador, proibindo tratamentos discriminatórios, desde o ato da contratação, e durante a realização do trabalho"[8].

3. SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direitos fundamentais e o contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.
4. SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direitos fundamentais e o contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.
5. GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação. São Paulo: LTr, 2010, p. 50.
6. GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação. São Paulo: LTr, 2010, p. 50.
7. GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação. São Paulo: LTr, 2010, p. 61.

O art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, assinala que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Discriminação, portanto, é o nome que se dá para conduta, ação ou omissão, em que se estabelecem diferenças que violam o direito das pessoas com base em critérios ilegítimos e injustos, tais como a raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e sexual, entre outros. Trata-se de um tipo de conduta que vai contra o princípio fundamental de justiça e liberdade.

De acordo com Carlos Augusto Ayres Britto, discriminar significa distinguir negativamente, negativando o outro. É isolar, separar alguém para impor a esse alguém um conceito, uma opinião desfavorável por motivos puramente histórico-culturais, jamais lógicos, jamais racionais, por defecção, por distorção, por disfunção de mentalidade ao longo de um processo histórico cultural. E isso implica humilhação: humilhar o outro. E o humilhado se sente como que padecente de um déficit de cidadania, de dignidade, acuado pelo preconceito. O discriminado se sente como sub-raça ou sub-povo ou sub-gente. Sente-se, portanto, desfalcado não do que ele tem, mas do que ele é. E a sua autoestima fica ao rés do chão[9].

Para Firmino Alves Lima:

> *Há discriminação nas relações de trabalho quando um ato ou comportamento do empregador, ocorrido antes, durante e depois da relação de trabalho, implica uma distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseado em uma característica pessoal ou social, sem motivo razoável ou justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e vantagens trabalhistas assegurados, bem como direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho*[10].

8. MURARI, Marlon Marcelo. Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado. O equilíbrio está na dignidade da pessoa humana. São Paulo: LTr, 2008, p. 110.
9. BRITTO, Carlos Augusto Ayres. Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p. 54.
10. LIMA, Firmino Alves. Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2006, p. 135.

No magistério de Maurício Godinho Delgado, o princípio da não discriminação compreende "a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante"[11].

Consoante Delgado, discriminação, portanto, consiste [...] na conduta pela qual se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada. O referido princípio nega validade a essa conduta discriminatória[12].

Relata também Maurício Godinho Delgado:

> *A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, pobreza, etc.).*[13]

Logo, de acordo com Edilton Meireles, toda e qualquer forma de discriminação, ainda que não esteja citada ou referida expressamente em leis infraconstitucionais, viola o direito fundamental da igualdade. Pode-se afirmar, aliás, que antes de ferir o direito à igualdade, a discriminação atinge a dignidade da pessoa humana[14].

Segundo Edilton Meireles, em razão disso, a discriminação constitui ato ilícito, tipificado como crime, e que, por isso mesmo, é considerada inválida juridicamente (art 2º, Lei nº 9.029/1995)[15].

Imperioso observar que a proteção antidiscriminatória nas relações de trabalho erigiu dos princípios da não discriminação e da igualdade, proclamados em diversos instrumentos normativos no âmbito nacional e internacional.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 proíbe, em vários dispositivos constitucionais, a proteção contra atos ou comportamentos discriminatórios que visem a eliminar o acesso à relação de emprego por motivo de sexo, raça, cor, idade ou quaisquer outros critérios discriminatórios, veja-se:

> Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
> [...]
> VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
>
> Art. 5°. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
> [...]
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
> [...]
> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
> [...]
> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
> [...]
> XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

O inciso XXX, do art. 7º da Constituição Federal de 1988, também prevê a proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Esse mesmo artigo, no inciso XXXII, disciplina a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos.

A Lei nº 9.029/95, em seu art. 1º, estabelece a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988.

Nessa direção, havendo crime resultante de preconceito de etnia, raça ou cor, ou qualquer infração oriunda dessa Lei, seu art. 3º impõe multa administrativa de 10 (dez) vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50 (cinquenta) por cento em caso de reincidência e proibição de obtenção de empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

É preciso pontuar que a justiça é o reconhecimento, a defesa e a promoção da dignidade fundamental do ser humano no Direito do Trabalho. O Direito, como ciência que trata da vida humana, tem o dever sociocientífico de promover o bem-estar físico, mental, moral e intelectual do trabalhador.

No decorrer do exercício do seu poder diretivo, portanto, o empregador possui a obrigação de não praticar atos discriminatórios que possam ferir os direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador.

11. DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 42.
12. DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 43.
13. DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 775.
14. MEIRELES, Edilton. Abuso do direito na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2005, p. 187.
15. MEIRELES, Edilton. Abuso do direito na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2005, p. 188.

Luís Roberto Barroso, contudo, adverte que as diferenciações serão consideradas juridicamente toleráveis, quando possuírem fundamento razoável e forem destinadas a um fim legítimo; o elemento discriminatório for relevante e residente nas pessoas que estão sendo diferenciadas; houver proporcionalidade entre o valor objetivado e o sacrifício; o meio empregado e o fim buscado for compatível com valores constitucionais. Como exemplo de desequiparação possível traz o da contratação de guardas penitenciários do sexo feminino para presídio feminino; ou o da contratação de artista negro para comemoração do dia da consciência negra[16].

No âmbito do Direito Internacional do Trabalho, a Convenção nº 111, aprovada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1958, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, também trata de medidas relativas à proibição de discriminação em matéria de emprego e profissão, e assim conceitua discriminação:

> *(1) Para os fins da presente Convenção, o termo «discriminação» compreende; a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. (2) As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação. (3) Para fins da presente Convenção, as palavras emprego e profissão incluem não só o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego.*

Yara Maria Pereira Gurgel estatui que a Convenção nº 111 demonstra preocupação com todo ser humano e abrange todas as formas de discriminação, não ficando limitada somente à questão salarial. Essa Convenção tem ainda por objeto o combate a todo tipo de discriminação, independentemente do contexto sociocultural de cada país. A autora ressalta que a Convenção nº 111 da OIT protege o trabalhador em todos os ambientes de trabalho e em todas as fases da relação laboral – pré-contratual, durante o vínculo de emprego e até mesmo após a cessação do contrato individual de trabalho[17].

2. Discriminação racial e assédio moral no trabalho

O assédio moral na esfera trabalhista configura abuso do exercício dos poderes reconhecidos ao empregador e, por consequência, violação aos direitos da personalidade do trabalhador.

16. BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). Discriminação. São Paulo: LTr, 2000, p. 224.
17. GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação. São Paulo: LTr, 2010, p.114.

De acordo com Marie-France Hirigoyen:

> *Assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. É uma violência sub-reptícia, não assinalável, mas que, no entanto, é muito destrutiva. Cada ataque tomado de forma isolada não é verdadeiramente grave; o efeito cumulativo dos microtraumatismos frequentes e repetidos é que constitui a agressão*[18].

Em azado magistério de Sônia Mascaro Nascimento, o assédio moral é considerado conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho[19].

Dentre os elementos que irão caracterizar o assédio moral no ambiente de trabalho, destacam-se: a) conduta abusiva; b) natureza psicológica que atente contra a dignidade psíquica do indivíduo; c) reiteração de conduta; d) intenção de excluir e humilhar a vítima. Logo, ato isolado, embora possa se constituir em conduta ilícita e capaz de gerar a violação aos direitos fundamentais e da personalidade do empregado, não caracteriza assédio moral.

O assédio moral, portanto, exige a prática reiterada e sistemática por parte de superiores hierárquicos ou colegas de trabalho de atos que possam desestabilizar emocionalmente o empregado a ponto de ferir a sua dignidade ou a sua integridade física ou mental. Trata-se de uma atitude lesiva do empregador que excede os limites do poder diretivo e fiscalizatório.

É mais comum o assédio moral ser cometido entre sujeitos de posição hierárquica diversa, podendo ser tanto vertical ascendente quanto descendente. Será vertical descendente, quando é praticado pelo empregador ou superior hierárquico subordinado contra o empregado. Essa espécie de assédio moral caracteriza-se como a ofensa reiterada ao relacionamento saudável, perpetrada por superior hierárquico ou pelo próprio empregador contra o empregado. Será, por sua vez, vertical ascendente, quando for praticado pelo empregado contra superior hierárquico. Trata-se da modalidade mais rara de assédio moral no ambiente de trabalho.

18. HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002, p. 17.
19. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio moral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 3.

Todavia, o assédio moral também poderá ser praticado por colega de trabalho contra colega de trabalho, ou seja, entre sujeitos que se encontram na mesma posição hierárquica, eis que será o caso do assédio moral horizontal.

A forma mais comum de assédio moral, portanto, é aquela que parte de um superior hierárquico do empregado assediado – denominada assédio moral vertical.

A esse respeito, assinala Denise de Fátima Stadler: "O assédio moral é mais comum em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam relações desumanas de longa duração, de um ou mais chefes, dirigidas a um ou mais subordinados. São atitudes que desestabilizam o ambiente de trabalho, forçando a desistir do emprego."[20]

Desse modo, toda prática ofensiva ou ostensiva, realizada normalmente de forma reiterada, que expõe o trabalhador de forma prolongada ou não a situações humilhantes e constrangedoras, caracterizará assédio moral, por violação à dignidade e à personalidade do empregado.

De acordo com Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros, os principais fatores destacados nas condutas de assédio geralmente são a competição, a preferência pessoal do chefe, porventura gozada pela vítima, a inveja, o racismo, a discriminação e a homofobia e, por fim, motivos políticos[21].

Em se tratando de assédio moral no trabalho, por motivo de racismo, o empregado passa a sofrer tortura psicológica ou perseguições no trabalho, em razão de sua cor ou raça. Nesse caso, o racismo, além de caracterizar assédio moral, mina a saúde física e mental do trabalhador e corrói a sua autoestima.

É o preconceito que ocorre quando se colocam apelidos racistas e quando se inferioriza as pessoas de classes sociais mais baixas.

Segundo Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros, "a discriminação racial e de gênero se confundem e, por vezes, surgem como pano de fundo para a ocorrência do assédio moral no ambiente de trabalho"[22].

Por esse motivo, Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros, ao traçar a relação entre o assédio moral e a discriminação racial, assinala que "o ato de discriminar consiste em inferiorizar outros tentando se mostrar superior. É o preconceito que ocorre quando se colocam apelidos racistas e quando se inferioriza as pessoas de classes sociais mais baixas".[23]

20. STADLER, Denise de Fátima. Assédio moral. Uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador. São Paulo: LTr, 2008, p. 69.
21. MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p. 57.
22. MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p. 59.
23. MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p. 53.

Marie-France Hirigoyen também destaca que a discriminação que resulta no assédio moral no trabalho é a que se destaca principalmente por ser praticada contra os negros, as mulheres e as mulheres negras, os portadores de algum tipo de deficiência física, a mulher, quando se encontra isolada em um grupo de homens, o homem quando minoria em um grupo de mulheres[24].

Nesse contexto, Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros informa que é fato público e notório que as mulheres negras são as mais atingidas pelas desigualdades e pelas discriminações de cunho racista. Para o autor, isso ocorre porque, em geral, são preteridas no momento da seleção e, quando conseguem o emprego ,são colocadas em funções mais vulneráveis e menos qualificadas, recebendo salário menor que os das brancas[25].

E, "o mesmo ocorre com os trabalhadores negros em relação aos brancos. São raros os que conseguem obter uma colocação em condições superiores a dos brancos"[26].

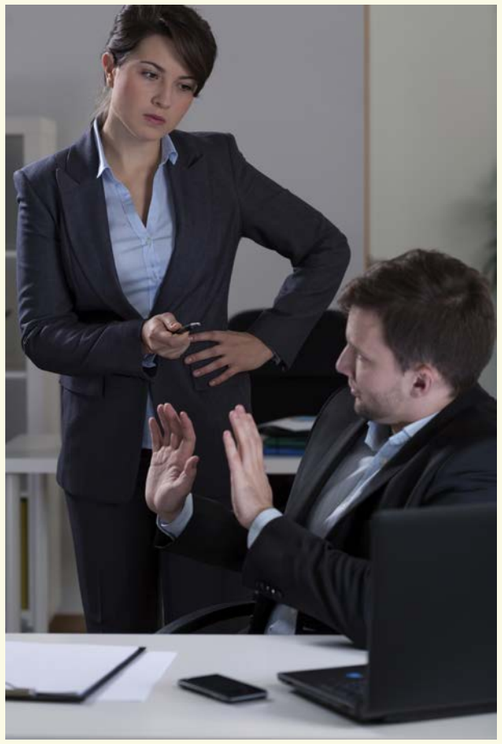
De acordo com Gomes apud Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros, o racismo é um conjunto de ideias que afirmam a existência de raças superiores e inferiores, podendo manifestar-se a partir de um comportamento, de uma ação resultante da aversão em relação às pessoas que possuem um pertencimento racial observável por meio e sinais tais como: cor da pele, tipo de cabelo e traços corporais.[27]

Imperioso observar a decisão proferida pela Juíza do Trabalho Maria Elizabeth Mostardo Nunes, do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, relativa ao caso de assédio moral no trabalho, por motivo de discriminação racial, veja-se:

> *ASSÉDIO MORAL. ILÍCITO. ABUSO DE DIREITO. LIMITES DO PODER DIRETIVO E DISCIPLINAR DO EMPREGADOR. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA. RACISMO. DANOS MORAIS. O assédio moral decorre da prática, normalmente por período prolongado, de condutas abusivas, portanto, ilícitas (art. 187 do CC), pelo empregador ou por seus prepostos, pelos quais responde objetivamente (art. 932 do CC), com o fim de humilhar, constranger ou desmoralizar*

24. HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002, p. 64.
25. MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p. 59.
26. MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p. 59.
27. MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p. 59.

o trabalhador. Pode ocorrer dentro ou fora do ambiente laboral, isto é, do estabelecimento do empregador, mas em razão do contrato de trabalho. Tais condutas, se provadas, são potencialmente lesivas aos direitos da personalidade. Afetam o trabalhador psiquicamente, de modo que causam danos e, em consequência, o dever de indenizar. Segundo o art. 186 do Código Civil , comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem. O abuso de direito também gera o deve de indenizar, segundo oart. 187 do Código Civil . O dano moral, em princípio, não necessita ser provado, mas a ocorrência dos fatos que o ensejam deve ser cabalmente demonstrada. É necessário, ainda, que ações dirigidas sejam capazes de, considerado o homem médio, afetar a honra objetiva e subjetiva do trabalhador, não sendo indenizável o mero dissabor que não advém de ato ilícito. O empregador pode, sem excessos, exigir do trabalhador o cumprimento de metas, eficiência, qualidade ou outras tantas características que representam os princípios ou os anseios da empresa. O exercício regular de direito não constitui ato ilícito, nos termos dos arts. 153 e 188, I, do CC , desde que não haja excessos, consoante osarts. 187 e 188 do mesmo diploma legal . Tão grave quanto ser discriminado no trabalho por sua cor de pele, etnia, gênero, sexualidade, crença religiosa etc é imputar ao empregador a conduta discriminatória quando inexistente ou impossível de demonstrar em processo judicial. Algumas dessas condutas, o racismo inclusive, constituem também ilícito penal. As alegações, assim, devem ser feitas com prudência, para que não se venha a macular a imagem das pessoas sem fatos concretos. (TRT-02ª R. - Proc. 0000087-10.2013.5.02.0263 - (20140792052) - Relª Juíza Maria Elizabeth Mostardo Nunes - DJe 19.09.2014)



CONCLUSÃO

Pelo que se observa, o ato do assédio moral no ambiente de trabalho ocorre, em função, principalmente, do sentimento racista que, ainda, infortunadamente, persiste em uma parcela significativa da sociedade, a qual promove ações repetitivas de assédio contra o trabalhador negro, pulverizadas ao longo do exercício trabalhista, ou, até, antes ou depois deste (por exemplo, já no processo seletivo, ou, ainda, na maculação da vida profissional do ex-empregado após sua demissão), que implicam, à vítima, danos psicológicos, morais e, até mesmo, físicos, quando, ao assediado, em serviços que requerem atividades braçais, são impostas tarefas que vão além de sua capacidade física, ou além do tempo de labor previsto em lei.

O assédio moral, gerado em função de portabilidade de deficiência física, de gênero, de idade, de opção sexual, de opção por traços estéticos, entre outros, mas, principalmente, pela etnia – que não é fruto de opção pessoal -, deve ser exemplarmente coibido, e punido, quando for comprovada a prática contra aqueles que pretendem desempenhar, em paz, seu papel no mundo do trabalho. É o mínimo que se deve garantir ao trabalhador em busca do resguardo ao direito à dignidade e ao respeito por seu labor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres. **Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2010.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**. São Paulo: LTr, 2010.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. **Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado. O equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PROENÇA, Domicio Filho. A trajetória do negro na literatura brasileira. Estud. av. v.18 n.50 São Paulo jan./abr. 2004. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100017. Acesso em: 23/11/2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

STADLER, Denise de Fátima. **Assédio moral. Uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador**. São Paulo: LTr, 2008.

AS LEIS 12.619/2012 E 13.103/2015 QUE DISCIPLINAM A PROFISSÃO DE MOTORISTA – QUESTÕES CONTROVERSAS

12.619/2012 Act, which regulates the profession driver activity: Challenges and controversies

Desembargadora Tereza Aparecida A. Gemignani[1]
TRT 15ª Região
Daniel Gemignani[2]
Auditor Fiscal do MTE

"Era preciso escolher entre a realidade do discurso e o discurso da realidade. Escolhi este último, naturalmente"

Autobiografia de Federico Sánchez Jorgen Semprún

Resumo: A peculiaridade da realidade fática, em que é prestado o trabalho do motorista profissional, tem suscitado muitos debates. No que se refere à jornada, a celeuma acerca da aplicação, ou não, do disposto no inciso I, do artigo 62 da CLT, sempre se pautou por uma acesa controvérsia quanto ao significado da incompatibilidade e a possibilidade de controle e quantificação das horas efetivamente trabalhadas. A nova Lei 12.619/2012, editada para disciplinar a matéria, trouxe balizas fincadas por novos conceitos jurídicos, formatados também pela crescente preocupação com a preservação da integridade física, saúde e segurança não só dos motoristas, mas também de todos os demais que trafegam em ruas, avenidas e rodovias. A Lei 13.103/2015, que revogou muitos de seus artigos, foi promulgada com a pretensão de dirimir as controvérsias suscitadas, mas acabou precarizando e reduzindo direitos anteriormente conquistados, o que aumenta o desafio de promover sua interpretação em conformidade com os princípios constitucionais para evitar o retrocesso social. O presente artigo faz algumas reflexões sobre os novos institutos, focadas sob a perspectiva da função promocional do direito contemporâneo, com o escopo de contribuir para a discussão jurídica, num momento em que o debate atinge alta temperatura.

Abstract

The essay deals with the challenge between the enforcement of the new 12.619/2012 Act and the settled view of the professional drivers as a category that cannot be under shift control. Therefore, the current essay presents a new approach about the labour legal regulation regarding the profession drivers, as this matter not just for the employees, but also concerns the whole society. For all, the authors' intents with this essay acknowledge the challenge about upholding the new Act, especially considering the characteristics of this category.

Palavras-chave: nova lei dos motoristas profissionais. Tempo de direção. Tempo de espera. Tempo de reserva. Nova configuração dos intervalos para repouso e descanso e o diálogo das fontes. A função promocional do Direito do Trabalho.

Key-words

12.619/2012 Act. Drive shift. Standby shift. Waiting shift. New legal framework of rest. Promotional hole of the labour Law.

Sumário – 1. Introdução; 2. Do empregado ao cidadão. Assumindo a nova face do direito trabalhista brasileiro - saúde e segurança; 3 Questões controversas quanto à jornada. 3.1-Tempo de direção; 3.2 Tempo de espera; 3.3 Tempo de reserva; 3.4 Tempos de descanso; 4. A grande celeuma: local para gozar os tempos de descanso; 5. Diálogo das fontes; 6. Conclusões; 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Apesar de possuir um território com dimensões continentais, no século XX o Brasil fez a opção preferencial pelo transporte rodoviário para locomoção de pessoas e bens, em detrimento do ferroviário, o que tem provocado ao longo do tempo consequências importantes. Motoristas autônomos trafegam ao lado de um expressivo número de empregados assalariados, tornando imperativo assegurar a todos condições de saúde e segurança adequadas às especificidades das atividades profissionais desempenhadas, porque é o trabalho que deve estar adaptado ao homem e não o homem ao trabalho, conforme já defendemos em artigo anteriormente publicado sobre o meio-ambiente laboral[3].

1. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas- 15ª Região. Doutora com tese aprovada pela USP- Universidade de São Paulo- pós graduação stricto sensu. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho- ANDT- cadeira 70. Membro da REDLAJ Rede Latino Americana de Juízes.

2. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Auditor Fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego (AFT/MTE). .Especialista em Auditoria Fiscal em Saúde e Segurança no Trabalho, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, (UFRGS).

Por limitação de espaço, neste pequeno artigo não foi possível aprofundar o debate, porém, a análise mais detalhada das questões relevantes poderá ser obtida no livro em que os autores tratam da matéria, intitulado "A nova lei do motorista profissional e os direitos fundamentais: análise específica e contextualizada das Lei nº. 12.619/2012 e 13.103/2015", que vem sendo considerado uma referência pelos estudiosos, cuja 2ª edição já está no prelo.

3. GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta e GEMIGNANI, Daniel- Meio ambiente de trabalho. Precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo- Revista Magister de Direito do Trabalho- vol 47- p.55-74- 2012.

Importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 expressamente considerou em seu artigo 225 o direito ao meio ambiente como um "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida", impondo ao "Poder Público e à coletividade" o dever de defendê-lo, tendo incluído nesta proteção o meio ambiente de trabalho, conforme explicita o inciso VIII do artigo 200.

Ademais, não se pode desconsiderar que, no caso dos motoristas profissionais, tais questões extrapolam os limites de uma relação contratual, uma vez que o meio ambiente de trabalho desses profissionais se dá em vias públicas, de sorte que a questão se apresenta intrinsecamente imbricada com a preservação da integridade física e da segurança de terceiros, que atuam no mesmo espaço físico.

Em razão disso, suscita também essa sistemática questionamentos quanto ao transporte internacional, prestado por motoristas contratados por empresas estrangeiras como ocorre, exempli gratia, com as sediadas nos países que integram o MERCOSUL e que, ao ingressarem em nosso território, passam a trabalhar no meio ambiente laboral nacional e, portanto, inseridos nos mesmos desafios de garantir segurança no trânsito de nossas ruas, avenidas e estradas, o que tem mobilizado a fiscalização do Ministério do Trabalho quanto aos novos parâmetros legais e aplicação das Normas Regulamentadoras.

A linha de evolução normativa infraconstitucional, como a que ora se examina, sedimenta o perfil de uma nova identidade[4] do direito laboral no Brasil, privilegiando a vis atrativa do conceito de trabalho lato sensu como valor republicano, em cumprimento a nova diretriz traçada pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004.

Neste artigo apresentaremos os principais contornos das novas leis 12.619/2012 e 13.103/2015, buscando, embora de forma sucinta por limitação de espaço, sublinhar os pontos de maior relevo. Para o leitor que tiver interesse no aprofundamento dos debates, a análise mais ampla e pormenorizada encontra-se no livro específico que temos sobre a matéria.

4. GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta- Justiça do Trabalho- um novo rosto, à procura de uma nova identidade in Direitos fundamentais e sua aplicação no mundo do trabalho- questões controversas- Editora LTr- 2010.

2. DO EMPREGADO AO CIDADÃO - ASSUMINDO A NOVA FACE DO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO - SAÚDE E SEGURANÇA EM FOCO

As mudanças ocorridas nos últimos anos, seja no campo doutrinário, seja no âmbito legislativo, provocadas pela EC nº 45/2004, alargaram a competência da nossa Justiça para apreciar questões oriundas da relação de trabalho em sentido amplo.

Se a Lei 12.619/2012 suscitou dúvidas quanto a extensão de sua abrangência, a Lei 13.103/2015 deixou claro que as regras do novo estatuto profissional são aplicáveis não só aos motoristas empregados, mas também aos autônomos.

Entretanto, outras dúvidas permanecem.

Motoristas contratados por uma empresa estrangeira, em trânsito pelo Brasil, devem sujeitar-se à legislação brasileira? Ou deve haver distinção de tratamento entre motoristas profissionais que se ativam por uma empresa brasileira, por uma empresa sediada em um país membro do MERCOSUL, ou por uma empresa sediada em outro país não membro?

Além da necessidade de evitar que haja concorrência desleal, pela disparidade dos custos que serão suportados por quem cumpre a legislação, não se pode desconsiderar que o controle de jornada e do efetivo gozo dos períodos de descanso na verdade constituem normas de ordem pública destinadas a proteger não só o trabalhador, mas também terceiros que ao seu lado trafegam em ruas, avenidas e estradas, de sorte que a responsabilidade pelo cumprimento do marco legal deve ser imputada também ao motorista nacional autônomo e ao estrangeiro que trabalha em nosso território.

E tanto isso é verdade que, tanto a Lei 12.619/2012, quanto a Lei 13.103/2015 vieram alterar não só a CLT, mas também o CNT -Código Nacional de Trânsito- assim exigindo a observância de tais parâmetros por todo motorista profissional, independentemente da natureza jurídica do vínculo contratual.

Registre-se o constante do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa - MERCOSUL/CMC/DEC, n° 05/92 – ao estabelecer em seu artigo 3º que: "Os cidadãos nacionais e residentes permanentes de um dos Estados Partes fruirão, nas mesmas condições que os cidadãos e residentes permanentes de outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição em tal Estado para a defesa de seus direitos e interesses.".

Ora, se é permitido ao estrangeiro acionar a jurisdição de outro país do MERCOSUL, a fortiori se conclui que, quando está em solo de país membro, ainda que a trabalho e de forma transitória, submeta-se à legislação desse país, notadamente quando se tratar de motoristas, cujas funções são executadas em território nacional e estão relacionadas com as condições de segurança no tráfego rodoviário.

A corroborar tal conclusão, tem-se a Declaração Sociolaboral do Mercosul ao dispor:

> *Artigo 17 - Saúde e segurança no trabalho:*
>
> *1. Todo trabalhador tem o direito de exercer suas atividades em um ambiente de trabalho sadio e se-*

guro, que preserve sua saúde física e mental e estimule seu desenvolvimento e desempenho profissional.

2. Os Estados Partes comprometem-se a formular, aplicar e atualizar em forma permanente e em cooperação com as organizações de empregadores e de trabalhadores, políticas e programas em matéria de saúde e segurança dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho, a fim de prevenir os acidentes de trabalho e as enfermidades profissionais, promovendo condições ambientais propícias para o desenvolvimento das atividades dos trabalhadores.

Artigo 18 - Inspeção do trabalho:

1. Todo trabalhador tem direito a uma proteção adequada no que se refere às condições e ao ambiente de trabalho.

2. Os Estados Partes comprometem-se a instituir e a manter serviços de inspeção do trabalho, com o propósito de controlar em todo o seu território o cumprimento das disposições normativas que dizem respeito à proteção dos trabalhadores e às condições de segurança e saúde no trabalho.

Nesta questão, importante registrar também o Acordo sobre Transporte Internacional Terrestre (ATIT)[5], existente entre o Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai, notadamente o constante do artigo 4º, item 1, ao prever que "aplicar-se-ão às empresas que efetuem transporte internacional, assim como a seu pessoal, veículos e serviços que prestem no território de cada país signatário, as leis e regulamentos nela vigentes.".

Como anteriormente pontuado, não se pode perder de vista que, no caso do meio ambiente laboral do motorista, o foco está posto num espaço público, em que as condições de saúde e de segurança do trabalhador estão intrinsecamente imbricadas com os mesmos direitos assegurados a terceiros.

O novo estatuto profissional do motorista (Leis 12.619/2012 e 13.103/2015) vieram sinalizar de forma clara e expressiva que, além da natureza laboral protetiva, a limitação da jornada do motorista também está destinada a assegurar condições para o exercício da direção responsável, em benefício do entorno social em que atua, evitando que o cansaço coloque em risco a integridade física, a saúde e a segurança dos demais cidadãos.

Pioneiro na iniciativa de conferir formatação jurídica aos conceitos de macrolesão e interesse coletivo, entre outros que depois se espraiaram pelo ordenamento nacional, a norma trabalhista contribui para exponenciar os efeitos irradiantes da função promocional do direito que, segundo Norberto Bobbio[6], está direcionada ao escopo de "promover a realização de atos socialmente desejáveis", perspectiva que no Estado contemporâneo vive movimento virtuoso de ampliação, pois é preciso utilizar os "conhecimentos cada vez mais adequados que as ciências sociais estão à altura de nos fornecer sobre as motivações do comportamento desviante e sobre as condições que o tornam possível com o objetivo não de recorrer às reparações quando ele já houver sido praticado, mas de impedir que ocorra.".

5. Decreto n. 99.704 de 20 de novembro de 1990.
6. Bobbio, Norberto - Da estrutura à função- novos estudos de teoria do direito. Editora Manole 2007- SP- pag 36.

3. QUESTÕES CONTROVERSAS QUANTO À JORNADA

A lei trabalhista sempre considerou como "serviço efetivo" todo o tempo em que o empregado estivesse à disposição do empregador, assim estabelecendo expressamente no artigo 4º da Consolidação das leis do Trabalho (CLT) como período a ser computado para todos os efeitos, o que provocava acirradas controvérsias acerca da jornada do motorista profissional, em razão de suas especificidades. Com efeito, tratando-se de trabalho que por sua própria natureza é executado fora do estabelecimento patronal, muitas vezes marcado por percursos de longas distâncias, considerando as ferramentas que a lei até então reputava válidas para aferição do tempo efetivamente trabalhado, exsurgia notória a impossibilidade de controle, levando a jurisprudência majoritária a aplicar o preceituado no artigo 62, inciso I, da CLT, como revela a OJ 332 da Subseção de direito individual (SBDI)-1 do C. Tribunal Superior do Trabalho (TST), ao dispor:

> *MOTORISTA. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. CONTROLE DE JORNADA POR TACÓGRAFO. RESOLUÇÃO Nº 816/86 DO CONTRAN*
>
> *O tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa (DJ 09.12.2003).*

Por outro lado, necessário registrar a existência de julgados em sentido diverso, que viam no uso de rastreadores, tacógrafos, bips e telefones celulares a possibilidade de controle, passando a reconhecer extensas jornadas, via de regra fixadas das 05h00 às 23h00 todos os dias, muitas vezes sem intervalo para refeição e descanso intersemanal, o que redundava num número altíssimo e irreal de horas extras.

Em 15 de dezembro de 2011 a Lei 12.551 veio modificar o artigo 6º da CLT, estabelecendo que não há distinção entre o "trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância", inserindo o parágrafo único que especifica as novas ferramentas válidas para tanto, ao prever que os "meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.".

Tal se deu em decorrência do intenso desenvolvimento da tecnologia da informação no século XXI, que veio possibilitar a utiliza-

ção de novas ferramentas para supervisão e comando à distância, provocando alterações legais significativas ao descolar o conceito de pessoalidade da presença física. Destarte, ao reconhecer a validade jurídica dos meios telemáticos e informatizados para medir a jornada efetivamente cumprida e o tempo à disposição nas atividades externas, em que não há relação presencial contínua, a alteração do artigo 6º da CLT veio criar novos instrumentos de compatibilidade, reduzindo o alcance do conceito anteriormente referido pelo inciso I, do artigo 62 do mesmo estatuto.

Trata-se de alteração paradigmática relevante, que certamente levará a mudanças significativas na jurisprudência anteriormente consolidada.

A Lei 12.619/2012 acentuou esta diretriz, seguida também pela Lei 13.103/2015, ao disciplinar as consequências que este novo regramento trouxe aos parâmetros para aferição de jornada, criando normas especiais de tutela da atividade do motorista profissional quando inseriu artigos no Capítulo I, do Título III da CLT, entre os quais podem ser destacados os seguintes:

3.1 Tempo de direção

Ao inserir o artigo 235-D na CLT, a Lei 12.619/2012 criou uma nova figura, que denominou tempo de direção, distinguindo-o do tempo de espera, tempo de reserva, tempo de descanso, tempo de repouso e refeição, estabelecendo expressamente, no §2º, do artigo 235-C, que será "considerado trabalho efetivo o tempo que o motorista estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso, espera e descanso". Fixou sua duração em 4 (quatro) horas, prevendo que nas viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o motorista permanece fora da base da empresa e de sua residência por 24 horas, terá direito a um intervalo mínimo de 30 minutos, podendo ser fracionados o tempo de direção e de intervalo, desde que não completado o período de 4 horas ininterruptas de direção[7].

A Lei 13.103/2015 revogou este dispositivo e disciplinou a matéria de maneira prejudicial ao trabalhador ao prever a possibilidade de fracionamento do referido intervalo de 30 minutos, a ser concedido após 04h00 (quatro) horas de direção na condução de veículo rodoviário de passageiros, ou somente após 05h30 (cinco horas e meia) de direção no caso de transporte de cargas (artigo 67 C e §§ 1º e 1º A), o que descaracteriza a finalidade do instituto, por se tratar de tempo ininterrupto demasiadamente longo ao volante, em atividade que exige constante atenção e concentração para evitar acidentes.

3.2 Tempo de espera

A Lei 12.619/2012 tratou do tempo de espera no §8º, do artigo 235-C, trata do tempo de espera, assim considerando as horas excedentes da jornada normal, em que o motorista do transporte rodoviário ficar aguardando o carregamento/descarregamento dos veículos no embarcador/destinatário ou a fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais/alfandegárias.

Os §§4º e 5º, do artigo 235-E, também fazem menção a esta nova figura jurídica, estabelecendo que quando estiver fora da base da empresa, o motorista que "ficar com o veículo parado por tempo superior à jornada normal de trabalho fica dispensado do serviço, exceto se for exigida permanência junto ao veículo, hipótese em que o tempo excedente à jornada será considerado de espera". Também será computado tempo de espera, nas viagens de longa distância, o período que exceder a jornada normal em que o motorista estiver parado "nas operações de carga ou descarga e nas fiscalizações em barreiras fiscais ou aduaneira de fronteira.".

Além disso, dentro do período de 24 horas, tornava obrigatória a concessão do descanso de seis horas com o veículo parado.

Um dos pontos mais polêmicos da nova lei foi inserido pelo §9º, do artigo 235-C. Ao tratar da remuneração deste período, estabeleceu que não serão "computadas como horas extraordinárias", mas "indenizadas com base no salário-hora normal acrescido de 30%", o que veio desencadear intensa controvérsia.

Com efeito, a redação mal formulada, que restringe o conceito de remuneração apenas à contraprestação ao tempo em que o motorista efetivamente atua na direção do veículo, deu margem a inúmeros questionamentos por deixar de abranger também o período em que o motorista fica à disposição do empregador, realizando tarefas conexas à função, em benefício do empreendimento econômico.

Na tentativa de dirimir tais controvérsias, a Lei 13.103/2015 alterou parcialmente a redação do § 8º do artigo 235 C, revogou os §§ 4º e 5º do artigo 235 E e alterou de maneira significativa o § 9º do artigo 235 C ao reduzir a remuneração respectiva para apenas 30% do salário-hora normal, ao invés do pagamento da hora mais adicional de 30%. Tal estipulação teve o escopo de sepultar toda a controvérsia anteriormente suscitada quanto a inconstitucionalidade de um adicional em percentual inferior a 50%, estabelecido pela Constituição Federal de 1988 como patamar mínimo, mas certamente desencadeará novos debates quanto à similitude, ou não, com os institutos de sobreaviso/prontidão dos ferroviários.

3.3 Tempo de reserva

A Lei 12.619/2012 estabeleceu nos §§6º e 12, do artigo 235-E, que quando o empregador adotasse revezamento de motoristas trabalhando em dupla no mesmo veículo, inclusive nos casos de transporte de longa distância de passageiros, o tempo que excedesse a jornada normal de trabalho, em que o motorista estivesse em repouso no veículo em movimento, dirigido por outro motorista, seria considerado tempo de reserva a ser remunerado em 30% da hora normal. Além disso, dentro do período de 24 horas, tornava obrigatória a concessão do descanso de 6 (seis) horas com o veículo parado.

7. Em nosso livro GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta e GEMIGNANI, Daniel. "Análise específica e contextualizada da Lei nº. 12.619/2012"- LTR, cuja 2ª edição encontra-se no prelo, defendemos a tese da obrigatoriedade de observância do intervalo de 30 minutos por todos os motoristas profissionais, tendo por base o artigo 67-A do Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

Contudo, o tempo de reserva foi extinto pela Lei 13.103/2015, que retirou o referido pagamento de 30% e estabeleceu a possibilidade do veículo rodar continuamente por 3 (três) dias seguidos, com os motoristas se revezando na direção, sem parar para só então usufruir o intervalo de 6 horas, o que configura inequívoco retrocesso, por colocar em risco não só a vida do motorista, mas também dos passageiros e demais pessoas que trafegam pelas vias públicas.

3.4 Tempos de descanso

Ao exigir, e enfatizar de forma reiterada, a importância dos tempos de descanso, a lei indicou que tal questão ultrapassava os contornos contratuais trabalhistas, visando preservar as boas condições do motorista para dirigir com responsabilidade e segurança em benefício de terceiros.

A- Intervalo intrajornada

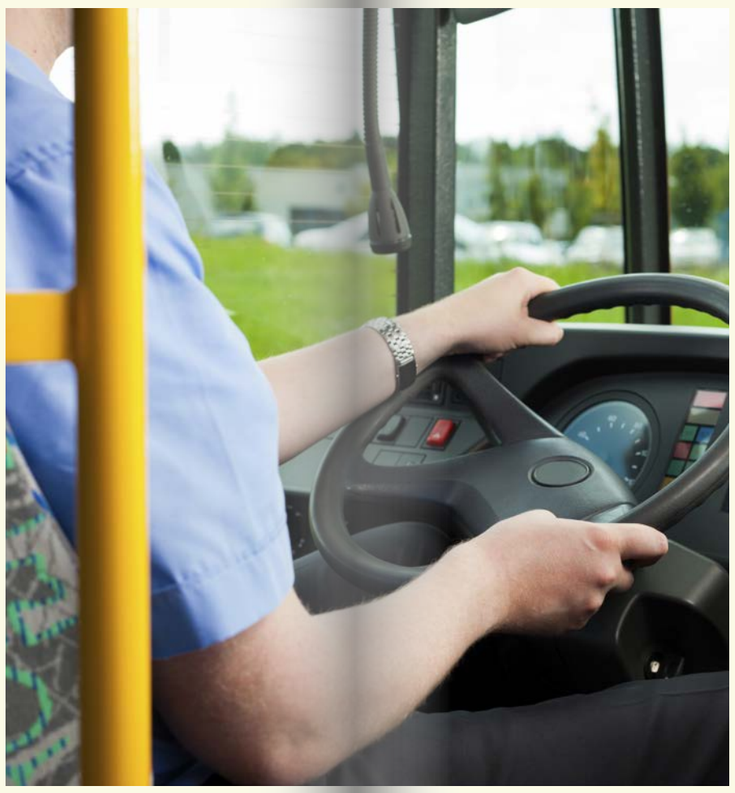
No que se refere ao intervalo intrajornada, a Lei 12.619/2012 inseriu na CLT o § 3º do artigo 235 C e o inciso II do artigo 235 D, prevendo a concessão do intervalo de 1 (uma) hora para refeição.

A Lei 13.103/2015 nestes termos manteve o regramento da matéria, mas piorou a situação do motorista que atua no transporte coletivo de passageiros ao alterar o § 5º do artigo 71 da CLT, prevendo não só o fracionamento, mas também a redução de duração deste intervalo, além de retirar a possibilidade do não desconto da jornada, previsto na redação anteriormente conferida pela Lei 12.619/2012.

B- Intervalo entrejornada

Ao inserir o § 3º, ao artigo 235-C da CLT, a Lei 12.619/2012 assegurou ao motorista profissional intervalo de repouso entrejornada com a duração de 11 (onze) horas a cada 24 (vinte e quatro) horas.

O §10, do artigo 235-E, inserido pela Lei 12.619/2012 foi revogado pela Lei 13.103/2015, que manteve o mesmo preceito no § 4º do artigo 235 D, estabelecendo que não "será considerado como jornada de trabalho, nem ensejará o pagamento de qualquer remuneração, o período em que o motorista empregado ou o ajudante ficarem espontaneamente no veículo usufruindo dos intervalos de repouso".



A grande dificuldade consistirá em distinguir quando o comportamento ocorre de forma espontânea, com o devido gozo do intervalo, e quando de maneira travestida, em que a permanência no veículo se destina a cuidar da carga e do patrimônio do empregador, o que evidentemente dependerá da prova, não se descurando aqui da aplicação da teoria da carga probatória dinâmica, que imputa o ônus à parte que tem maior aptidão para produzi-la.

Interessante ressaltar que a exigência de gozo do intervalo entrejornada não ficou restrita ao motorista empregado. Neste sentido recente Resolução do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN)[8].

Apesar da Lei 13.103/2015 ter revogado os §§3º, 5º e 7º, do artigo 67-A do Código de Trânsito Brasileiro, manteve a obrigatoriedade de gozo do intervalo de 11 horas, mas no § 3º, do artigo 67 C acrescentado ao CTB, admitiu a possibilidade de fracionamento em dois períodos (8 + 3), mesmo critério adotado também em relação aos empregados "garantidos o mínimo de 8 (oito) horas ininterruptas no primeiro período e o gozo do remanescente dentro das 16 (dezesseis) horas seguintes ao fim do primeiro período", conforme estabelece o § 3º do artigo 235 C, que inseriu na CLT. Ademais, também manteve o mesmo preceito da lei anterior, ao estabelecer no § 6º deste artigo que "o condutor somente iniciará uma viagem após o cumprimento integral" do intervalo de descanso.

Importante registrar que, apesar de ter minimizado a obrigação fixada pela Lei 12.619/2012 ao retirar a sanção estabelecida ao ato de permitir, no § 7º do artigo 67 C manteve o preceito que atribuiu ao transportador de cargas e de passageiros,embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais de carga, operador de transporte multimodal de cargas ou agente de cargas a proibição de ordenar "a qualquer motorista a seu serviço, ainda que subcontratado, que conduza veículo" sem o gozo integral do intervalo de 11 horas de descanso, sob pena de aplicação das sanções previstas no inciso XXIII do artigo 230 quanto à configuração de infração e possibilidade de retenção do veículo.

C- Intervalos semanais

A Lei 12.619/2012 distinguiu a duração do intervalo semanal em conformidade com a duração do tempo das viagens. No §3º do artigo 235-C estabeleceu o descanso semanal de 35 (trinta e cinco) horas, mas o elasteceu para 36 (trinta e seis) horas quando se tratar de viagens com duração superior a uma semana, conforme dispunham os §§1º e 3º, do artigo 235-E, por ela também inseridos na CLT.

A Lei 13.103/2015 revogou tais preceitos e disciplinou a matéria no caput do artigo 235 D, adotando o critério único de 35 horas semanais (incluindo 24 horas de repouso semanal e 11 horas de intervalo entrejornadas) para ambas as situações.

8. Resolução CONTRAN 405 de 12/06/2012 – art. 1º- Estabelece os procedimentos para fiscalização do tempo de direção e descanso do motorista profissional na condução dos veículos de transporte e de condução de escolares, de transporte de passageiros com mais de 10 (dez lugares) e de carga com peso bruto total superior a 4.536 (quatro mil e quinhentos e trinta e seis) quilogramas, para cumprimento do disposto no art. 67-A, incluído no Código de Transito Brasileiro – CTB, pela Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012.

Entretanto, manteve a possibilidade de fracionamento, sendo 5 horas cumpridas na mesma semana em continuidade a um período de repouso diário, e 30 horas para gozo postergado por ocasião do retorno à base (matriz /filial) ou ao seu domicílio.

A razão disso, conhecida há tempos, é possibilitar maior recuperação física e mental do trabalhador, notadamente àqueles que trabalham à distância, permitindo-lhe preservar as relações sociais no local em que tem seu domicilio, além da possibilidade de desfrutar um tempo maior na companhia de seus familiares, assim conferindo efetividade aos artigos 6º e 226 da CF/88.

Imperioso registrar que no § 2º, do artigo 235 D, limitou a cumulatividade dos períodos de 30 horas não concedidas ao número de 3 (três) descansos consecutivos, a fim de obrigar a compensação dentro do mesmo mês, conforme explicitamos de maneira detalhada na 2ª edição de nosso livro.

4. A GRANDE CELEUMA: LOCAL PARA GOZAR OS TEMPOS DE DESCANSO

Ao reconhecer que a fixação de um limite de jornada ultrapassa as balizas meramente contratuais, ampliando sua exigência para preservar a integridade física e a segurança não só do empregado, mas de todo motorista, a nova regra promove um encontro do direito do trabalho com suas origens. Além disso, considera tal exigência imprescindível para garantir a segurança de terceiros que trafegam[9] pelas vias públicas e estradas, assim contribuindo para reduzir o elevado número de acidentes, escopo ressaltado por Sebastião Geraldo, ao ponderar que:

> *(...) a redução dos riscos inerentes ao trabalho sempre foi o norte, a preocupação central, o ponto de partida e de chegada de qualquer programa serio sobre prevenção de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais. Em razão dessa constatação axiomática, a Constituição de 1988 expressamente estabeleceu como direito dos trabalhadores a 'redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança' (artigo 7, XXII). Estamos, portanto, diante de um principio fundamental sobre a promoção de medidas preventivas no local de trabalho.*
>
> *Ocorre que, apesar de todas as evidencias, a doutrina nao concedeu ao mencionado principio o devido reconhecimento e nem o mesmo enquadramento como tal. E provável que a preocupação com as consequências dos acidentes e das doenças ocupacionais tenha desviado os estudos para o campo da infortunaria, restando pouca dedicação ao desenvolvimento das das técnicas e das normas de prevenção. (...)*

Ademais, importante ressaltar ter o artigo 9º da Lei 12.619/2012 expressamente estabelecido que:

> *As condições sanitárias e de conforto nos locais de espera dos motoristas de transporte de cargas em pátios do transportador de carga, embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais de carga, operador intermodal de cargas ou agente de cargas, aduanas, portos marítimos, fluviais e secos e locais para repouso e descanso, para os motoristas de transporte de passageiros em rodoviárias, pontos de parada, de apoio, alojamentos, refeitórios das empresas ou de terceiros terão que obedecer ao disposto nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, dentre outras.*

9. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica a saude do trabalhador. LTr. 6 edição. Sao Paulo. 2011- pag 147.

A Lei 13.103/2015 ampliou esta abrangência em seu artigo 9º, não só ao inserir a exigência quanto à observância das condições de segurança, mas também por ampliar os limites de aplicação, ao dispor :

> Art. 9o As condições de segurança, sanitárias e de conforto nos locais de espera, de repouso e de descanso dos motoristas profissionais de transporte rodoviário de passageiros e rodoviário de cargas terão que obedecer ao disposto em normas regulamentadoras pelo ente competente.
>
> § 1o É vedada a cobrança ao motorista ou ao seu empregador pelo uso ou permanência em locais de espera sob a responsabilidade de:
>
> I - transportador, embarcador ou consignatário de cargas;
>
> II - operador de terminais de cargas;
>
> III - aduanas;
>
> IV - portos marítimos, lacustres, fluviais e secos;
>
> V - terminais ferroviários, hidroviários e aeroportuários.
>
> § 2o Os locais de repouso e descanso dos motoristas profissionais serão, entre outros, em:
>
> I - estações rodoviárias;
>
> II - pontos de parada e de apoio;
>
> III - alojamentos, hotéis ou pousadas;
>
> IV - refeitórios das empresas ou de terceiros;
>
> V - postos de combustíveis.

Nestes termos, imputou a obrigação de observância deste preceito não só ao empregador e a empresa transportadora, mas também ao embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais ferroviários, hidroviários e aeroportuários, operador intermodal de cargas e agente de cargas, aduanas e portos, o que certamente ensejará muitos debates judiciais quanto à formação de litisconsórcio dos legitimados a responder pelo pólo passivo nas demandas trabalhistas.

Face às dimensões e a abrangência das alterações propostas, teria sido apropriado fixar um período de vacatio legis mais dilatado. Como isto não ocorreu, a entrada em vigor da Lei 12.619/2012 desencadeou intensos movimentos de protesto com a paralisação de rodovias em São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo e Rio Grande do Sul. Um número elevado de caminhões ficaram parados, muitos com cargas perecíveis, o que provocou transtornos consideráveis. Entre as razões do conflito, duas se apresentaram com maior intensidade:

1) A existência de poucas áreas de descanso nas principais rodovias do país, o que comprometeria o cumprimento da regra, ante a proibição de permanecer no acostamento das rodovias e a falta de segurança para estacionar em qualquer lugar.

2) O encarecimento dos custos, que viria reduzir o valor das comissões e a rentabilidade econômica da atividade explorada, despertando o descontentamento também dos empregadores e motoristas autônomos, que assim contribuiram para que houvesse uma paralisação de grande dimensão.

Apesar de intenso nos primeiros dias, o movimento logo recrudesceu quando todos perceberam que o cumprimento das novas regras visava garantir não só melhores condições de vida e trabalho aos motoristas, mas também a segurança nas estradas do país, que vinham registrando um crescente e preocupante aumento de acidentes, muitos com vítimas fatais, deixando para trás um rastro de desolação e sofrimento, que muitas vezes poderiam ser evitados.

Isso sem falar nos prejuízos econômicos, a dificuldade no escoamento de nossas safras agrícolas e bens industriais, que encarecem o produto brasileiro e acarretam sua perda de competitividade.

Entretanto,o movimentação de paralisação das rodovias voltou a ocorrer por iniciativa dos transportadores autônomos, que pressionaram pela aprovação açodada da nova Lei 13.103/2015 que, infelizmente, veio reduzir e precarizar muitos direitos anteriormente assegurados aos motoristas, atribuindo em seu artigo 10º ao poder público a obrigação de adotar medidas para a disponibilização de espaços apropriados ao gozo dos intervalos para repouso, descanso e tempo de espera, em um tempo excessivamente dilatado de 5 (cinco) anos, o que pode frustrar o adimplemento de melhores condições de trabalho aos motoristas.

5. DIÁLOGO DAS FONTES

Na esteira do preceituado no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988, o novo estatuto profissional do motorista veio reconhecer o valor normativo da negociação coletiva, assim fixando parâmetros para o diálogo das fontes, que possibilita várias formas de inter-relação entre as autônomas e heterônomas, criando áreas de confluência para garantir a oxigenação de um ordenamento jurídico saudável e apto a operar com funcionalidade, não só na solução das controvérsias já instaladas, mas também na prevenção de conflitos.

Nesta esteira, importante ressaltar que a negociação coletiva poderá ter sua atuação ampliada para abranger também obrigações de fazer/ não fazer, que possam levar a procedimentos e providências necessárias para evitar/ reduzir a ocorrência de doenças profissionais e acidentes de trabalho.

É uma nova perspectiva que se abre para a atuação mais efetiva e eficaz da negociação coletiva, pautada pelo horizonte do neoconstitucionalismo, que pode levar à superação do nefasto neocorporativismo, que insiste em continuar impregnando o ordenamento e poderá causar sua necrose, levando ao retrocesso das conquistas sociais e trabalhistas obtidas até hoje[10].

10. GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta - Neocorporativismo x neoconstitucionalismo: um debate sindical contemporâneo - Editora Bonijuris. Curitiba. Revista Bonijuris nº 611. Outubro de 2014. pags. 30 a 39 e Revista LTr- novembro de 2014.pags. 1300 a 1307

6. CONCLUSÕES

Atentas às características peculiares que formatam a realidade fática da atividade do motorista, e às novas ferramentas de controle e supervisão disponibilizadas pelos meios telemáticos e informatizados de comando, as Leis 12.619/2012 e 13.103/2015 vieram conferir outro balizamento para a interpretação do conceito de incompatibilidade, previsto no inciso I, do artigo 62 da CLT, surgindo com duplo propósito.

De um lado criar norma especial de tutela para o motorista profissional, estimulando o diálogo das fontes, de outro impulsionar a função promocional do direito do trabalho e seus efeitos irradiantes para o ordenamento jurídico, visando estimular conduta preventiva que possa impedir o surgimento de novas lesões e novos conflitos, assim atuando em benefício da integridade física, da saúde e da segurança, não só dos trabalhadores, mas de todos que trafegam pelas ruas, avenidas e estradas de nosso território, com ele dividindo o mesmo meio ambiente, tornando ainda mais premente o desafio de sobrepor o discurso da realidade sobre a pseudo realidade criada pelo discurso.

Conseguiremos?

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto- Da estrutura à função- novos estudos de teoria do direito. Editora Manole 2007.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta e GEMIGNANI, Daniel- Meio ambiente de trabalho. Precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo - Revista Magister de Direito do Trabalho- vol 47- p.55-74- 2012.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta e GEMIGNANI, Daniel. Análise específica e contextualizada da Lei nº. 12.619/2012, LTR, São Paulo, 2014.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta- Justiça do Trabalho- um novo rosto, à procura de uma nova identidade in Direitos fundamentais e sua aplicação no mundo do trabalho- questões controversas- Editora LTr- 2010.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta - Neocorporativismo x neoconstitucionalismo: um debate sindical contemporâneo - Editora Bonijuris. Curitiba. Revista Bonijuris n. 611. Outubro de 2014

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica a saúde do trabalhador. LTr. 6ª edição. São Paulo. 2011.

ACÓRDÃOS

Processo: 00164-2014-004-10-00-1-RO

Ementa: JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. PRÉ- CONTRATO. Consoante artigo 114 da Constituição Federal, a competência da Justiça do Trabalho engloba "as ações oriundas da relação de trabalho" (inciso I), bem como "outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho" (inciso IX). De mesma forma, o artigo 652, alínea "a", inciso IV, da CLT, já previa a competência desta Justiça Especializada para conciliar e julgar "os demais dissídios concernentes ao contrato individual de trabalho". Analisado o contexto dos autos, as matérias de fundo envolvem tratativas iniciais de um contrato de emprego, na modalidade de pré-contrato, envolvendo questões de responsabilidade civil decorrentes da relação empregatícia e, portanto, se assentam sob a jurisdição trabalhista.

Relatório

O Exmo. Juiz DENILSON BANDEIRA COÊLHO, na titularidade da MM. 4ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, proferiu a sentença de fls. 643/645v, declarando a incompetência desta Justiça do Trabalho em razão da matéria versada na reclamação trabalhista proposta por CLARISSA DOSUALDO ROCHA em desfavor de BANCO DO BRASIL S/A.

A reclamante interpôs recurso ordinário de fls. 648/669, o qual foi contra-arrazoado às fls. 674/679.

Juízo prévio de admissibilidade à fl. 680.

Dispensada a manifestação prévia do Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 102 do Regimento Interno deste Décimo Regional Trabalhista.

Voto

ADMISSIBILIDADE

A reclamante é beneficiária da justiça gratuita e está representada por advogado habilitado pela procuração de fl. 73. O recurso é regular e tempestivo.

Conheço do recurso ordinário.

Tempestivas e regulares, conheço das contrarrazões.

MÉRITO.

JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. PRÉ-CONTRATO.

A recorrente postula a reforma da decisão de primeiro grau que concluiu pela incompetência desta Justiça do Trabalho, declinando-a em favor da Justiça comum. Em sua petição inicial, a reclamante informou que o concurso, com validade inicial de um ano a contar da data da publicação do resultado final (7/5/2012), foi prorrogado por igual prazo, sendo que sua validade expirou em 6/5/2014. Neste interregno, argumenta que o reclamado, apesar da real necessidade de pessoal e não priorizando o concurso realizado, preferiu proceder licitação mediante pregão eletrônico para contratação de prestação de serviços temporários em todo território nacional, o que, segundo entende a reclamante, importou preterição aos candidatos habilitados no certame. Argumenta ainda que, mesmo antes da expiração da validade do concurso, o reclamado prorrogou a vigência de contrato mantido com a Fundação Cesgranrio, entabulando novo certame para seleção externa para formação de quadro reserva de funcionários, o que viola os princípios da economicidade e de eficiência colimados pelo próprio instituto do concurso público. Frente às argumentações feitas, a reclamante pleiteia a declaração da ilegalidade da conduta praticada pelo reclamado; a contratação imediata da reclamante ou reserva de vaga em seu benefício; pagamento de indenização por danos morais e materiais, além de honorários advocatícios.

O recorrido, por sua vez, apresenta contrarrazões, afirmando a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar a ação em análise. Afirma que a pretensão obreira é eminentemente de natureza civil, sem nenhum liame empregatício ou de natureza pré-contratual e que, portanto, deve ser encaminhada à Justiça comum. Escuda suas afirmações no artigo 114, incisos VI e IX, da Constituição Federal.

Vejamos.

Consoante artigo 114 da Constituição

Federal, a competência da Justiça do Trabalho engloba "as ações oriundas da relação de trabalho" (inciso I), bem como "outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho" (inciso IX). De mesma forma, o artigo 652, alínea "a", inciso IV, da CLT, já previa a competência desta Justiça Especializada para conciliar e julgar "os demais dissídios concernentes ao contrato individual de trabalho".

Analisado o contexto dos autos, as matérias de fundo envolvem tratativas iniciais de um contrato de emprego, na modalidade de pré-contrato, envolvendo questões de responsabilidade civil decorrentes da relação empregatícia e, portanto, se assentam sob a jurisdição trabalhista.

Insta ressaltar que o recorrente é uma sociedade de economia mista constituída sob a forma de sociedade anônima, possui personalidade jurídica privada, sendo que, apesar da obrigatoriedade de contratação mediante concurso público (art. 37/CF), seus funcionários são eminentemente celetistas.

Convém observar que o embate proposto não envolve nenhuma questão atinente à validade do concurso.

Para corroborar este entendimento, colaciono os seguintes arestos:

"INCOMPETÊNCIA MATERIAL. Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar pedido para que a reclamada contrate servidor concursado. Precedentes do TST. INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL. Discutindo-se questão pré-contratual atinente ao direito de nomeação de concursado, não é possível aplicar o art. 651 da CLT, competindo a apreciação ao juízo do lugar de realização das etapas do concurso público, onde a empresa estatal também tem estabelecimento. CARÊNCIA DA AÇÃO. Suposta falta de amparo legal ao pedido não se traduz em carência de ação por falta de interesse. Trata-se na verdade de questão de mérito. "CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS EM DETRIMENTO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO. Conforme vem decidindo esta 1ª Turma, em sintonia com a jurisprudência do STF, não há falar em -cadastro reserva- quando o ente da administração pública mantém em seu quadro, no prazo de validade do concurso, terceirizados no lugar de concursados, em detrimento da regra constitucional do concurso público." (Ministro do TST Walmir Oliveira da Costa). Precedentes." (Acórdão 1ª Turma – Proc. 00612-2013-018-10-00-9 RO; Relator: Juiz Francisco Luciano de Azevedo Frota; Revisora: Desembargadora Maria Regina Machado Guimarães; Julgado em 11/4/2014; Publicado no DEJT de 25/4/2014, grifos acrescidos)

"CONCURSO PÚBLICO. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. FASE PRÉ-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A competência material da Justiça do Trabalho é definida pelo pedido e pela causa de pedir. Motivada a reclamação trabalhista na alegação de preterição impeditiva à formalização do contrato de trabalho com a reclamada, empresa pública federal sujeita ao regime celetista quanto à regulação dos direitos e obrigações trabalhistas, tem-se por fixada a competência da Justiça do Trabalho para dirimir o feito. Inteligência do artigo 114, inciso I, da CF/88 e

precedentes do TST. Recurso conhecido e provido." (Acórdão 3ª Turma Proc. 001627-2013-008-10-00-7 RO, Relator: Juiz Mauro Santos de Oliveira Goes; Revisor: Desembargador José Leone Cordeiro Leite; Julgado em 11/6/2014; Publicado no DEJT de 20/6/2014, grifos acrescidos)

"JUSTIÇA DO TRABALHO: COMPETÊNCIA MATERIAL: CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO REALIZADO POR EMPRESA PÚBLICA PARA PROVIMENTO DE EMPREGO PÚBLICO EFETIVO: PRAZO DE VALIDADE: ALEGAÇÃO DE EXPECTATIVA DE DIREITO: CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 114, I: ALCANCE AMPLO DA RELAÇÃO DE TRABALHO PELA JURISDIÇÃO ESPECIALIZADA PARA AS FASES PRÉ-CONTRATUAL, CONTRATUAL E PÓS-CONTRATUAL: PRECEDENTES DO TST. - EMPRESA PÚBLICA: TERRACAP: CONCURSO PÚBLICO PARA EMPREGO DE CONTADOR: PRETERIÇÃO DE CANDIDATO APROVADO SOB O ARGUMENTO DE DECURSO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO: NOMEAÇÃO NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO: DESISTÊNCIA: CONVOCAÇÃO DE NOVO CANDIDATO: POSSIBILIDADE: PRECEDENTES DO STF, STJ E TST. Recurso empresarial desprovido." (Acordão 2ª Turma – Proc. 001928-0011-015-10-00-7 RO; Relator: Desembargador Alexandre Nery de Oliveira; Revisor: Desembargador João Amílcar; Julgado em 27/2/2014; Publicado no DEJT de 21/3/2014).

Portanto, provejo o apelo obreiro para afastar a declaração de incompetência absoluta, confirmar a competência desta Justiça Trabalhista para processar e julgar o presente feito, determinando o retorno dos autos à MM. Vara do Trabalho de origem, para julgamento.

Recurso provido.

CONCLUSÃO.

Pelo exposto, conheço do recurso ordinário e, no mérito, dou-lhe provimento para afastar a declaração de incompetência absoluta, confirmar a competência desta Justiça Trabalhista para processar e julgar o presente feito, determinando o retorno dos autos à MM. Vara do Trabalho de origem para julgamento, nos termos da fundamentação.

Acórdão

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, em sessão realizada na data e nos termos da respectiva certidão de julgamento, aprovar o relatório, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, dar-lhe provimento para afastar a declaração de incompetência absoluta, confirmar a competência desta Justiça Trabalhista para processar e julgar o presente feito, e determinar o retorno dos autos à MM. Vara do Trabalho de origem para julgamento, nos termos do voto do Desembargador Relator. Ementa aprovada.

Brasília/DF, 06 de agosto de 2014

DORIVAL BORGES
Desembargador do Trabalho

Processo: 00165-2014-014-10-00-3-RO

Ementa: "CONCURSO PÚBLICO: TERCEIRIZAÇÃO DA VAGA. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS: DIREITO À NOMEAÇÃO. Uma vez comprovada a existência da vaga, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso" (STF, 1ª T., AI-Agr 440895, PERTENCE, DJU 20.10.2006)

Relatório

O Exmº Juiz Erasmo Messias de Moura Fé, da 14ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, por meio da sentença a fls. 530/539vº, julgou procedente em parte a reclamação trabalhista ajuizada por MARIANA CRISTINA SILVA em face do BANCO DO BRASIL S.A., condenando o reclamado a convocar a autora para a realização de exames médicos a fim da contratação subsequente, caso aprovada nos testes.

Inconformado, o BANCO DO BRASIL S.A. interpõe recurso ordinário (fls. 551/585).

O depósito recursal e o recolhimento das custas foram comprovados (fls. 552/553).

A reclamante ofertou contrarrazões (fls. 588/638).

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho (RI, art.102,I).

Voto

1. ADMISSIBILIDADE

O recurso é tempestivo, a representação é regular e o preparo foi efetuado adequadamente.

Conheço do recurso ordinário.

2. MÉRITO

2.1. PRELIMINAR (I): INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O reclamado insurge-se contra a decisão que reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a presente ação. Sustenta que a discussão sobre a aprovação em concurso público não se origina na relação de trabalho ou de emprego, devendo ser dirigida, por imperativo constitucional, à Justiça Comum.

Conforme muito bem lançado pelo Juízo de origem, a matéria tratada nos autos versa acerca de pré-contrato de trabalho, qual seja a convocação da reclamante para assumir emprego público, observadas as regras do edital, e, portanto, insere-se na competência desta Justiça Especializada. A respeito da questão, a Corte Superior Trabalhista consolidou entendimento neste sentido, conforme os precedentes:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. CONCURSO PÚBLICO. PRÉ-CONTRATO. A Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar litígios referentes ao período pré-contratual de potencial empregado que presta concurso público para ingresso em entidade estatal regida pelo art. 173, §1º, II, da Constituição e pelo Direito do Trabalho. Agravo a que se nega provimento (TST, 5ª T., Ag-AIRR 397-90.2012.5.02.0088, EMMANOEL, j. 16/6/2014, DEJT 1/7/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ADMISSÃO POR CONCURSO PÚLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA MATERIAL. É competente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar litígios referentes ao período pré-contratual de potencial empregado que presta concurso público para ingresso em entidade estatal regida pelo art. 173, §1º, II, da Constituição e pelo Direito do Trabalho (art. 114, I, CF). Desse modo não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui a decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos (TST, 3ª T., AIRR 1870-94.2010.5.02.0472, GODINHO, j. 19/3/2014, DEJT 21/3/2014)

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. LITÍGIO ORIGINADO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL. Consoante o entendimento que vem se consolidando nesta Corte superior, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar litígio originado na fase pré-contratual, relacionado à preterição de candidato aprovado em concurso público para cadastro de reserva caracterizada pela terceirização, no prazo de validade do certame, dos serviços para o qual fora realizado o concurso. Hipótese

em que não se reconhece afronta ao disposto nos artigos 114 da Constituição da República. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento (TST, 1ª T., AIRR 346-40.2010.5.19.0003, ALENCAR, j. 6/11/2013, DEJT 8/11/2013)

Nego provimento.

2.2. PRELIMINAR (II): CARÊNCIA DE AÇÃO – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL

O reclamado insiste na inexistência do interesse processual, sustentando que, não tendo ainda sido homologado o certame da Seleção Externa nº 02/2013, não há interesse da reclamante em requerer a suspensão de tal seleção, mesmo que realizada durante a vigência da Seleção Externa nº 01/2013 da qual participou a autora.

O interesse de agir da reclamante ao pleitear sua convocação ou reserva de vaga emerge das alegações de que, tendo realizado concurso público e sido classificada dentro do número de vagas previstas no Edital do certame, o reclamado abriu novo concurso bem como procedeu à contratação de terceirizados, preterindo os candidatos do primeiro concurso. Evidente, pois, o interesse processual obreiro.

Nego provimento.

2.3. CONCURSO PÚBLICO – RESERVA DE CADASTRO - NOMEAÇÃO

A reclamante narrou na inicial que o reclamado lançou abertura de seleção externa por meio do Edital nº 1/2012 em 12/1/2012, tornando pública a realização de concurso para a formação de cadastro de reserva, objetivando o provimento de vagas no nível inicial da Carreira de Escriturário em dependências situadas em diversos Estados da federação, inclusive no Distrito Federal. Aduziu, ainda, que a validade do certame foi estipulada por um ano, a contar da data da publicação do resultado final em 7/5/2012, prorrogável um única vez por igual período, sendo válido, portanto, até 6/5/2014. Foi aprovada em classificada em 1.443º lugar, dentro, pois, das 2.500 vagas destinadas ao Distrito Federal.

A autora alegou que, em 11/12/2013, o reclamado publicou o Edital nº 2/2013 visando a formação de cadastro de reserva para provimento de vagas na carreira de Escriturário, abrangendo novamente o Distrito Federal. Aduziu, ainda, que o banco reclamado publicou editais nos anos de 2012 e 2013, visando a abertura de licitação na modalidade pregão eletrônico a fim de contratar mão de obra para a prestação de serviços temporários nas dependências do Banco do Brasil, incluindo a Região Centro Oeste, para atender à necessidade de substituição temporária ou transitória de pessoal regular e permanente ou para atender acréscimo extraordinário e temporário de serviço, nos termos da Lei nº 6.019/74.

Assim, pleiteou a sua contratação imediata ou a reserva de vaga em seu benefício, argumentando ter sido preterida em verdadeira afronta ao artigo 37 da Constituição Federal.

Na defesa, o BANCO DO BRASIL rechaçou qualquer convocação dos candidatos aprovados no certame relativo ao Edital nº2/2013 antes do término do prazo de validade do primeiro concurso em 7/5/2014. Refutou, ainda, a previsão em Edital de 2.500 "vagas", mas seleção para a "formação de cadastro de reserva", sendo, por sua vez, impossível a nomeação

da reclamante, tendo em vista a existência de 1.442 candidatos aprovados mais bem colocados. Quanto aos contratos temporários, alegou que a sua celebração decorre de situações sazonais para atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços, em conformidade com a Lei nº 6.019/74, sendo a empresa prestadora contratada de forma regular perante o Ministério do Trabalho e Emprego, sempre por meio de licitação, observados todos os parâmetros legais. Assim, aduziu que "não se mostra razoável que o banco utilize concurso público, com todos os ônus decorrentes, para contratar empregados e, em seguida, dispensá-los quando os serviços que justificaram o acréscimo de pessoal não existirem mais" (fl. 371vº).

O Juízo de origem acolheu a tese exordial e determinou a convocação da reclamante para a realização dos exames médicos e a contratação subsequente da autora, caso aprovada nos exames.

Inconformado, o BANCO DO BRASIL insurge-se contra a decisão, renovando suas alegações em confronto direto com os fundamentos esposados na sentença.

Inicialmente, vale de pronto refutar a tese do reclamado no sentido de que não foram abertas "vagas", mas previsão em "cadastro de reserva" a fim justificar a não convocação da reclamante. É que o Edital nº 1/2012, no item 2.7.2, prevê que o candidato classificado na Seleção Externa será convocado, em função das necessidades do banco, a assinar contrato de trabalho (fl. 77), sendo que, no item 7.6, a previsão é no sentido de que serão classificados os candidatos habilitados até a posição indicada na tabela constante do edital, estando consignada na referida tabela a convocação de 2.500 habilitados, relativamente à Lista Geral apenas no âmbito do Distrito Federal, sendo variável a quantidade em outros Estados (fl. 83).

Ora, ao publicar edital com tal previsão, em concurso público de âmbito nacional, o BANCO DO BRASIL gerou expectativa na população no sentido de que os candidatos aprovados até aquelas posições seriam realmente aproveitados no certame relativo ao Edital nº 1/2012, razão pela qual entendo inválido o argumento acerca do "cadastro de reserva".

A Constituição Federal, em seu artigo 37, incisos III e IV, estabelece o prazo de validade do concurso público em até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período, devendo aquele candidato aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos ser convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego na carreira.

Não se discute que a aprovação em concurso público gera mera expectativa direito à nomeação, competindo ao ente público, de acordo com sua conveniência, a decisão acerca das contratações.

Ocorre que a contratação de empregados temporários por meio de procedimento licitatório, na vigência de concurso público com quantidade de aprovados capaz de atender a demanda de serviços exigida, ainda que observados todos os procedimentos legais, revela-se ato incompatível com os princípios da moralidade e impessoalidade contidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Não se pode admitir que, sob o manto da sazonalidade da mão-de-obra, a Administração Pública lance mão de procedimento lici-

tatório visando contratação de pessoal, preterindo candidatos aprovados em concurso público plenamente vigente, sob pena restar frustrada a norma contida no artigo 37, II, da Constituição Federal, que condiciona a investidura em emprego público à prévia aprovação em concurso público.

Pior ainda quando tal sazonalidade seja absolutamente falsa, pois é notório que o atendimento às diversas frentes de atuação do reclamado não configura situação emergencial plausível capaz de alicerçar, validamente, a excepcional contratação de mão-de-obra terceirizada temporária.

Outrossim, nada impede a publicação de edital visando à realização de novo concurso público na vigência do anterior, mas, diante do quadro fático em destaque, a publicação deste novo edital (Edital nº 2/2013) vem apenas corroborar o malferimento aos referidos princípios constitucionais, na medida em que houve licitação para a contratação de temporários também no ano de 2013. Conforme muito bem ressaltado pelo Juízo de origem:

"Isso se reforça com a constatação de que o Banco do Brasil lançou novo concurso durante a validade do certame anterior, e o que é pior, contratou pessoal temporário para atender exatamente as atribuições do Escriturário, com salário equivalente e requisitos iguais.

Ora, definitivamente, não agiu dentro da moralidade e oportunidade que se espera de todo ente público, a não dizer todo cidadão. Não é por aí.

A questão relacionada à conveniência e oportunidade de que o Banco réu, sua discricionariedade na administração de pessoal, sucumbe diante de vários outros princípios constitucionais a que está jungido.

Em não sendo assim, aflora a inferência de que o Banco do Brasil estaria lançando sucessivos concursos para cadastro de reserva, noticiando número considerável de vagas, para o fim principal de arrecadar fundos, infelizmente" (a fls.538vº) (sem grifos no original).

Nesse sentido, a expectativa gerada nos candidatos aprovados dentro do número previsto no edital convola-se em direito subjetivo à nomeação, o que está consolidado pela jurisprudência no âmbito da Corte Superior Trabalhista e do excelso Supremo Tribunal Federal, conforme os seguintes precedentes:

CONCURSO PÚBLICO: TERCEIRIZAÇÃO DA VAGA. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS: DIREITO À NOMEAÇÃO. Uma vez comprovada a existência da vaga, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso (STF, 1ª T., AI-Agr 440895, PERTENCE, DJU 20.10.2006)

CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS EM DETRIMENTO DOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À CONTRATAÇÃO. Este Tribunal já se manifestou no sentido de que não há somente expectativa de direito, de candidato aprovado em concurso público (cadastro de reserva), quando a Administração Pública, no prazo de validade do concurso, contrata terceirizados no lugar de concursados. Precedentes. Agravo de Instrumento conhecido e não provido (TST, 4ª T., AIRR 2004-81.2012.5.03.0001, CALSING, j. 9/4/2014, DEJT 15/4/2014)

CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PARA CADASTRO DE RESERVA - AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO - DESEMPENHO DAS ATIVIDADES INERENTES AO CARGO DE ENGENHEIRO DE DUTOS E FAIXAS POR TRABALHADORES TERCEIRIZADOS. No caso, admite-se a convolação da mera expectativa de direito em direito subjetivo quando o candidato aprovado no concurso público em primeiro lugar para o cadastro de reserva do cargo de engenheiros e dutos tem sua nomeação preterida diante da contratação, dentro do período de validade do concurso, de trabalhadores terceirizados para exercer as mesmas funções. Agravo de instrumento desprovido (TST, 7ª T., AIRR 824-95.2010.5.24.0007, PHILIPPE, j. 29/4/2014, DEJT 5/5/2014)

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO PARA CADASTRO DE RESERVA. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS NO DECORRER DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PRETERIÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. 1. Consoante o mandamento insculpido na cabeça do artigo 37 da Constituição da República, a Administração Pública, tanto direta quanto indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, está submetida aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Desse modo, constatada a existência de desvio de finalidade na conduta do administrador, afastando-se o ato praticado do interesse público - norteador do desempenho administrativo -, para alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu, deve tal ato ser submetido à revisão judicial ou administrativa, porquanto configurada ilegalidade, constituindo-se causa de nulidade do ato administrativo. 2. Conforme entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, a aprovação de candidato em concurso público realizado para preenchimento de cadastro de reserva não gera, em princípio, direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa de direito. Tem-se, contudo, que a moderna jurisprudência da Excelsa Corte, bem como do Superior Tribunal de Justiça, tem firmado seu posicionamento no sentido de que a contratação precária de pessoal, dentro do prazo de validade do concurso público, seja por comissão, terceirização ou contratação temporária, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual fora realizado o certame, configura preterição dos candidatos aprovados, ainda que fora das vagas previstas no edital ou para preenchimento de cadastro de reserva, evidenciando desvio de finalidade, em inequívoca transgressão à exigência do artigo 37, II, da Lei Magna. 3. Na presente hipótese, resultou comprovado que a Petrobrás Transportes S.A., ente integrante da Administração Pública indireta, após a realização de concurso público para preenchimento de cadastro de reserva para o cargo de Técnico de Instrumentação, e dentro do prazo de validade do certame, efetuou contratações para a prestação de serviços técnicos de instrumentação, configurando inequívoca preterição dos candidatos aprovados no referido concurso. Constatando-se que o ente público terceirizou os serviços para os quais houve realização de concurso público para preenchimento de cadastro de reserva, dentro do prazo de validade do certame, resulta configurado o desvio de finalidade do ato administrativo e a expectativa de direito convola-se em direito subjetivo à nomeação, visto que demonstrada a necessidade premente de provimento do cargo descrito no edital. 4. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento a que se nega provimento (TST, 1ª T., AIRR 346-40.2010.5.19.0003, ALENCAR, j. 6/11/2013, DEJT 8/11/2013)

No caso, é incontroversa a classificação da reclamante dentro do número de candidatos previsto na Tabela do Edital Nº 1/2012. De igual modo, restou incontroversa a contratação temporária de terceirizados sob a égide da Lei nº 6.019/74 para a prestação de serviços na atividade-fim do banco reclamado, durante o prazo

de validade do concurso, conforme se extrai do longo arrazoado esposado na defesa, no qual o reclamado admitiu tais fatos.

Portanto, na esteira do entendimento consolidado no âmbito do col. TST e do excelso STF, entendo que a contratação de empregados temporários, de forma precária, na vigência do concurso público regido pelo Edital nº 1/2012, convolou a mera expectativa da autora em direito de fato a ser submetida aos exames médicos a fim de que seja admitida nos quadros do BANCO DO BRASIL, caso aprovada no referidos exames.

Por fim, a alegação do recorrente quanto à impossibilidade de contratação da reclamante, preterindo os 1442 candidatos mais bem colocados não se sustenta, pois, como muito bem lançado pelo Órgão sentenciante, sendo inviável, nesta ação, a tutela do direito dos candidatos aprovados em colocação melhor que a reclamante, a questão relacionada à convocação ou não deles fica a critério do demandado, arcando com as consequências supervenientes que surgirem (fl. 538vº).

Assim, tenho por correta a sentença que determinou a convocação da reclamante para a realização dos exames médicos e a contratação subsequente da autora, caso aprovada nos exames.

Nego provimento.

2.4. JUSTIÇA GRATUITA

O reclamado requer a reforma da decisão que concedeu à autora os benefícios da assistência judiciária gratuita, com base no artigo 790, § 3º, da CLT .

A Justiça gratuita é assegurada a todo aquele que firmar a insuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV; Lei nº 1.060/50, art. 4º), bastando a declaração da parte.

No caso dos autos, a reclamante firmou declaração de hipossuficiência a fl. 72, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, na forma do § 3º do artigo 790 da CLT, devendo, portanto, ser mantido o julgado que lhe concedeu as benesses da Justiça gratuita.

Inexiste prova nos autos apta a afastar a presunção relativa de veracidade da afirmação de pobreza jurídica.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, conheço do recurso ordinário e, no mérito, nego-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

Acórdão

ACORDAM os Integrantes da Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, em sessão realizada na data e nos termos da respectiva certidão de julgamento (v. fl. retro), aprovar o relatório, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Ementa aprovada.

Brasília/DF, 27 de agosto de 2014

ANTONIO UMBERTO DE SOUZA JÚNIOR
Juiz Convocado

Processo: 00284-2014-021-10-00-4-RO

Ementa: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. ESTABILIDADE. ADMISSÃO DE EMPREGADO PÚBLICO ANTERIORMENTE À EC Nº 19/1998. Admitida a empregada, em virtude de aprovação em concurso público, em data anterior à EC nº 19/1998, a ela aplica-se a garantia da estabilidade prevista no artigo 41 da CF/88, em sua redação original, a qual não fazia menção à expressão "cargo de provimento efetivo". Consequentemente, a Súmula nº 390 do col. TST, não se aplica ao caso em julgamento. Precedentes do exc. Supremo Tribunal Federal. "HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO. I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985)". Assistida a parte por advogado particular e não pelo ente sindical representativo da categoria, in-

devidos os honorários advocatícios postulados. Recurso da reclamante conhecido e parcialmente provido.

Relatório

A Exma. Juiz MARTHA FRANCO DE AZEVEDO, em exercício da MM. 21ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, por meio da sentença às fls. 235/239, julgou improcedentes os pedidos formulados na reclamação trabalhista movida por HILMA TORRES LUSTOSA contra EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, para absolvê-la dos pedidos formulados na petição inicial.

A reclamante interpôs recurso ordinário, às fls. 241/262, por meio do qual requer a condenação da reclamada a proceder a sua reintegração ao emprego, bem como a pagar as verbas que indica.

Contrarrazões pela reclamada, às fls. 269/273.

O Ministério Público do Trabalho, às fls. 281/285, opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

MÉRITO

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. ESTABILIDADE. ADMISSÃO DE EMPREGADO PÚBLICO ANTERIORMENTE À EC 19/1998

A reclamante afirmou na petição inicial que foi admitida aos quadros da reclamada em 20.3.1978 mediante aprovação em concurso público, tendo sido dispensa em 20.5.1990 à época do Governo Collor.

Disse ter sido readmitida em 6.12.1994, porquanto anistiada, e mantida na empresa até 17.2.2014 por força de liminar concedida nos autos do MS coletivo nº 8.650/DF, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Correios e Telégrafos e Serviços Postais de Mato Grosso, data em que foi novamente dispensada com base na Portaria Interministerial nº 372 que anulou a anistia anteriormente concedida.

Afirmou ser detentora da estabilidade prevista nos artigos 492 da CLT e 41 da CF/88, razão pela qual o ato demissionário seria nulo de pleno de direito, porquanto arbitrário e abusivo.

Requereu a sua reintegração ao emprego, com o pagamento de todos os salários e demais verbas e direitos a que fazia jus desde o ato da dispensa, em 17.2.2014, até a data do efetivo retorno ao emprego.

Em resistência à pretensão deduzida a reclamada afirmou, em suma, que a dispensa perpetrada ocorreu por força do que restou decidido pelo col. STJ, nos autos do mandado de segurança coletivo nº 8.650/DF, no bojo do qual aquela Corte denegou a segurança perseguida, cassando a liminar inicialmente deferida com a finalidade de manter vigentes os contratos de trabalho dos impetrantes.

Esclareceu que o citado mandado de segurança objetivava a suspensão dos efeitos da Portaria nº 372/2002, que anulou as decisões da Subcomissão Setorial instalada na ECT, relativas a processos de anistia.

Afirmou que, uma vez cassada a liminar, a dispensa tornou-se possível e motivada, não havendo falar em nulidade do ato patronal.

A Juíza da instância percorrida indeferiu os pleitos exordiais.

Fundamentou a magistrada que a autora não é detentora de qualquer estabilidade, uma vez que os artigos 496, 497 e 504 da CLT foram parcialmente revogados pela CF/88, não mais subsistindo a antiga estabilidade decenal. Também entendeu que o empregado público celetista não adquire estabilidade do emprego, prevista no artigo 41 da CF/88, conforme já sedimentada na Súmula nº 390, II, do col. TST.

Também aduziu que a dispensa da reclamante foi devidamente motivada pela ECT, conforme orienta a OJSBDI-I nº 247 do col. TST, na medida em que decorreu do fato de ter sido definitivamente julgado o MS coletivo nº 8.650/DF, o que redundou no restabelecimento da Portaria Interministerial nº 372/2002, que anulou as anistias concedidas aos substituídos naquele writ, dentre os quais a reclamante.

No recurso a reclamante volta a sustentar ser detentora de estabilidade no emprego porquanto, ao tempo em que dispensada em 20.5.1990, contava com mais de 10 anos de trabalho. Salienta que após o seu retorno ainda trabalhou por quase 20 anos, até a data da última dispensa, não apresentando qualquer conduta pessoal ou atuação profissional negativa que justificasse o ato de dispensa.

Cita a Convenção nº 158 da OIT em abono a sua tese.

Pois bem.

É incontroverso nos autos que a reclamante foi admitida aos quadros da ECT em 20.3.1978, mediante processo seletivo de provas e títulos, tendo sido dispensada em 20.5.1990; foi novamente readmitida em 6.12.1994 e desligada "por anulação de contrato de trabalho" (fl. 34) em 17.2.2014.

A jurisprudência do col. TST, tal como afirmado na sentença, está sedimentada no sentido de que o empregado de empresa pública, caso da reclamante, ou de sociedade de economia mista, não é detentor da estabilidade prevista no artigo 41 da CF/88, ainda que admitido mediante a aprovação em certame público. Nesse sentido o teor da Súmula nº 390 do col. TST, verbis:

"ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)".

Isso porque o artigo 41 da CF/88, explicitamente, alude à aquisição da estabilidade relativamente àqueles servidores nomeados "para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público", o que não é o caso dos empregados da ECT, que não ocupam cargo público.

No caso da reclamante, todavia, impõe-se considerar a particularidade de que ela foi admitida mediante aprovação em concurso público em data anterior à EC nº 19/1998, quando o cenário constitucional vigente não fazia menção à expressão "cargo de provimento efetivo", conforme se verifica da redação do artigo 41, à época:

"Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público".

Vale dizer, admitida a reclamante, em virtude de aprovação em concurso público, em 20.3.1978, a ela aplica-se a redação original do artigo 41 da CF/88, e não aquela modificada por força da EC nº 19/1998. Consequentemente, resta indene de dúvidas que a Súmula nº 390 do col. TST, na qual se baseou a julgadora originária para entender que a autora não detinha estabilidade no emprego, não se aplica ao caso em julgamento.

Nesse sentido posiciona-se José Afonso da Silva, ao discorrer sobre a estabilidade prevista no artigo 41 da CF/88, antes e após a promulgação da EC nº 19/1998:

"Antes aplicava-se a qualquer servidor nomeado nomeado em virtude de concurso público: para cargo ou emprego, nos termos do art. 37. Agora só se aplica a servidor nomeado em virtude concurso para cargo de provimento efetivo. Adquiria-se a estabilidade, antes, após dois anos de efetivo exercício; agora, após três anos" (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 679-680 – grifo aposto).

A jurisprudência do exc. STF está claramente firmada no sentido de que os empregados públicos aprovados em concurso público, antes da EC nº 19/1998, fazem jus à estabilidade garantida no artigo 41 da CF/88, conforme acórdãos assim ementados:

"EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALEMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso publico, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho." (STF-RE 589.998, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12/09/2013 – grifo aposto).

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADMISSÃO POR CONCURSO PÚBLICO ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 19/98. ESTABILIDADE. REINTEGRAÇÃO. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. 1. A jurisprudência desta Corte consignou que a estabilidade assegurada pelo art. 41 da Constituição Federal, na sua redação original, estende-se aos empregados públicos, admitidos por concurso público antes do advento da EC 19/98, pois "se refere genericamente a servidores". Precedente do Plenário: MS 21.236/DF. 2. Agravo regimental improvido" (AI 480432 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 23/03/2010, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-04 PP-01271 RTJ VOL-00214- PP-00514 RT v. 99, n. 897, 2010, p. 142-143).

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMPREGADO DE FUNDAÇÃO PÚBLICA. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO EM DATA ANTERIOR À EC 19/98. DIREITO À ESTABILIDADE. I - A estabilidade prevista no caput do art. 41 da Constituição Federal, na redação anterior à EC 19/98, alcança todos os servidores da administração pública direta e das entidades autárquicas e fundacionais, incluindo os empregados públicos aprovados em concurso público e que tenham cumprido o estágio probatório antes do advento da referida emenda, pouco importando o regime jurídico adotado. II - Agravo regimental improvido" (AI 628888 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/11/2007, DJe-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007 DJ 19-12-2007 PP-00031 EMENT VOL-02304-09 PP-01777).

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONVERTIDO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMPREGADO PÚBLICO. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO ANTERIOR À EC 19/98. ESTABILIDADE. 1. A garantia da estabilidade, prevista no artigo 41 da Constituição, estende-se aos empregados públicos celetistas, admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/98. 2. Agravo regimental a que se dá provimento" (AI 472.685-AgR, Rel. Min. Eros Grau, , Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-04 PP-00806).

Assim, não há falar que a autora "não detém qualquer forma de estabilidade", como consignou a julgadora originária na sentença recorrida.

Relembre-se, para aqueles que entendem que a garantia de emprego do artigo 41 da CF/88, mesmo antes da EC nº 19/1998, estendia-se apenas aos empregados da administração pública direta e das entidades autárquicas e fundacionais, que a ECT equipara-se à Fazenda Pública por força do Decreto-Lei nº 509/1969. Desse modo, ainda que se trate de empresa pública, por óbvio que também para os fins do artigo 41, em sua redação original, os seus empregados ostentariam a condição de servidores.

Para além desses fundamentos, é importante considerar, tal como vem salientando

a reclamante desde a sua petição inicial, que entre a data da concessão da liminar nos autos do MS nº nº 8.650/DF e a data da dispensa, passaram-se quase 20 anos de trabalho despendido em prol da ECT, situação que, conforme opinativo ministerial "Indubitável que esse longo período de tempo gerou uma legítima expectativa de segurança e estabilidade no emprego, inerente ao serviço público. Ademais, em que pese o poder de autotutela da Administração, que autoriza a declaração de nulidade dos próprios atos, deve-se sempre resguardar os direitos adquiridos, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica" (fls. 284/285).

Feitas tais considerações, ante o caso concreto em análise, entendo que a autora é destinatária da estabilidade de que cogita o artigo 41 da CF/88, antes de sua alteração pela EC nº 19/1998.

Por fim, saliento que a decisão tomada nos autos do MS nº 8.650/DF cuidou, tão somente, de analisar a possibilidade de a ECT rever os seus próprios atos, anulando-os por meio da Portaria Interministerial nº 372, em legítimo exercício do poder de autotutela, nada se reportando aos aspectos particulares da reclamante.

Dou provimento ao recurso para determinar a reintegração da reclamante aos quadros da reclamada, na mesma função que exercia ao tempo de seu desligamento em 17.2.2014, ou em função resultante de eventual transformação da anteriormente ocupada.

São devidos os salários do período compreendido entre a dispensa e a efetiva reintegração, com a repercussão reflexa em todas as verbas a que faria jus a autora caso em serviço estivesse.

Defiro, portanto, os pleitos dos itens 7.1 e 7.2, alínea "a", da petição inicial (fl. 23). Indefiro o pleito deduzido no item 7.2., alínea "b", à míngua de causa de pedir correspondente.

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

A reclamante pugna pela concessão de liminar, para que sejam antecipados os efeitos da tutela pretendida, com a expedição de mandado de reintegração no emprego, e determinação de pagamento dos salários a partir de seu retorno ao trabalho.

Assim dispõe o artigo 273 do CPC:

"Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1o Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2o Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3o A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3o A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 4o A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5o Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 7o Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Conforme decidido no tópico precedente, a reclamante era detentora da estabilidade prevista no artigo 41 da CF/88, antes de sua alteração pela EC nº 19/98, conforme entendimento emanado do exc. STF, intérprete maior da Carga Magna.

Uma vez que provido o recuso ordinário da autora, para o fim de condenar a reclamada a promover a sua reintegração ao trabalho, tem-se por devidamente preenchidos os requisitos necessários à antecipação da tutela pretendida, conforme dispositivo legal acima transcrito.

Defiro, assim, a expedição imediata de mandado de reintegração, a fim de que a autora retorne aos quadros da reclamada, na mesma função que exercia ao tempo de seu desligamento em 17.2.2014, ou em função resultante de eventual transformação da anteriormente ocupada.

São devidos os salários e os demais direitos alusivos ao vínculo empregatício, a partir do efetivo retorno da autora ao trabalho.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A juíza originária indeferiu os honorários advocatícios pleiteados, ao fundamento de que a autora não está assistida pelo seu sindicato de classe.

A reclamante reitera o pleito, a fim de que a verba seja deferida à razão de 20% do valor da condenação.

Na Justiça do Trabalho a verba honorária não é devida pela simples sucumbência, salvo quando verificada alguma das exceções descritas na IN nº 27 do col. TST.

No caso dos autos discutem-se aspectos alusivos à relação de emprego vivenciada entre as partes, razão pela qual os honorários advocatícios são devidos apenas se restarem satisfeitos os requisitos da Lei nº 5.584/70, nos termos consagrados nas Súmulas nº 219 e 329, além da Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1, do col. TST.

Embora a reclamante tenha juntado declaração de pobreza, em que afirmou não ter condições econômicas de suportar os ônus do processo (fl. 26), não se encontra assistida por seu sindicato profissional, restando descumpridos os requisitos constantes das orientações sumular e jurisprudencial mencionadas.

Nada a prover.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS

Incidem juros de mora e correção monetária na forma dos artigos 883 da CLT; 39, § 1º, da Lei nº 8.177/1991, Súmulas nº 200 e 439 e OJSBDI-I nº 302 ambas do col. TST.

Em face do caráter salarial, incidem contribuições previdenciárias sobre salários e décimo terceiro salário (Lei nº 8.212/1991, 8.541/1992 e Provimento da CGJT nº 01/1996).

Cabíveis os descontos fiscais na forma da Lei nº 12.350,2010 e IN nº 1.127/2011 da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Deverá a reclamada fazer o recolhimento alusivo as quotas-partes patronal e obreira, ficando autorizada a dedução desta última (OJSBDI-I nº 363 do col. TST).

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para determinar a reintegração da reclamante aos quadros da reclamada, na mesma função que exercia ao tempo de seu desligamento em 17.2.2014, ou em função resultante de eventual transformação da anteriormente ocupada, com o pagamento de salários do período compreendido entre a dispensa e a efetiva reintegração, bem como de todas as verbas a que faria jus a autora caso em serviço estivesse; defiro, ainda, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, a expedição imediata de mandado de reintegração, a fim de que a autora retorne aos quadros da reclamada, assim como o pagamento dos salários e dos demais direitos alusivos ao vínculo empregatício, a partir do efetivo retorno da autora ao trabalho, nos termos da fundamentação.

É como voto.

ACÓRDÃO

Acórdão

ACORDAM os integrantes da egr. Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento, em aprovar o relatório, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para determinar a reintegração da reclamante aos quadros da reclamada, na mesma função que exercia ao tempo de seu desligamento em 17.2.2014, ou em função resultante de eventual transformação da anteriormente ocupada, com o pagamento de salários do período compreendido entre a dispensa e a efetiva reintegração, bem como de todas as verbas a que faria jus a autora caso em serviço estivesse; defere-se, ainda, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, a expedição imediata de mandado de reintegração, a fim de que a autora retorne aos quadros da reclamada, assim como o pagamento dos salários e dos demais direitos alusivos ao vínculo empregatício, a partir do efetivo retorno da autora ao trabalho, nos termos do voto do Exmo. Juiz Relator. Ementa aprovada.

FRANCISCO LUCIANO DE AZEVEDO FROTA
Juiz Convocado

Processo: 01036-2013-020-10-00-3-RO

Ementa: LEI DE COTAS. PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA E REABILITADAS. EXCLUSÃO DA ATIVIDADE DE VIGILANTE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. O art. 93 da Lei n. 8.213/91 é literal ao obrigar as empresas ao preenchimento das cotas de PCD's e reabilitados, observada a quantidade de trabalhadores empregados. Do dispositivo legal referido não se verifica a exclusão de quaisquer funções. Assim, não tendo o art. 93 da Lei nº 8.213/91 determinado a exclusão deste ou daquele emprego, ou, ainda, não tendo estipulado que a contratação dos deficientes ou reabilitados seria para alguma atividade específica, caberá à empresa, por meio de seu poder diretivo, eleger para quais cargos deseja destinar aquele rol de trabalhadores, observando-se a aptidão particular de cada portador de necessidades especiais, diante da multiplicidade do tipo e do grau de deficiência. Além desse fundamento, é importante destacar que a obrigação de inclusão da pessoa deficiente ou reabilitada não se inicia e se esgota com a contratação. Esse processo inclusivo de que trata a norma importa necessariamente na capacitação, na preparação técnica, na habilitação dos PCD's e reabilitados para que possam ser contratados. Recurso conhecido e provido.

Relatório

O Exmo. Juiz do Trabalho MARCOS ALBERTO REIS DE PAULA, em exercício na MM. 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, por meio da r. sentença proferida às fls. 165/170, aditada pela decisão de embargos declaratórios às fls. 190/193, concedeu a segurança nos autos do mandado de segurança impetrado por Oriente Segurança Privada Ltda-ME, para determinar aos órgãos de fiscalização trabalhista que se abstenham de exigir da impetrante a contratação de pessoas com deficiência para a atividade de vigilante, excluindo do cálculo previsto no art. 93 da Lei nº 8.213/91 os empregados na função de vigilante.

Recurso ordinário interposto pela União, às fls. 203/208, por meio do qual requer seja mantida a exigência imposta pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego/DF, para que a impetrante cumpra o disposto no artigo 93 da Lei nº 8.213/1999, relativamente ao preenchimento das cotas de pessoas portadoras de deficiência.

Contrarrazões pela impetrante, às fls. 211/216.

O Ministério Público do Trabalho, às fls. 239/240, reiterou os termos do parecer lançado às fls. 157/162.

É o relatório.

Voto

ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

MÉRITO

PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. EXCLUSÃO DA ATIVIDADE DE VIGILANTE

Trata-se de recurso ordinário interposto nos autos de mandado de segurança impetrado por Oriente Segurança Privada Ltda-ME, contra ato do Chefe da Seção de Fiscalização do Trabalho da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego e do Superintendente Regional do Trabalho e Emprego, consubstanciado na expedição de notificação para que a impetrante comprove o cumprimento do disposto no artigo 93 da Lei nº 8.213/1991, sob pena de lavratura de auto de infração e consequente aplicação de multa.

Aduz a impetrante que a atividade fim de vigilância é totalmente incompatível de ser exercida por pessoas portadoras de necessidades especiais, por força do que dispõe a Lei nº 7.102/1983, e que não há disponibilidade, no mercado de trabalho, dessa mão de obra.

Esclareceu que oficiou ao Departamento de Polícia Federal, a fim de resguardar o seu posicionamento, tendo o referido órgão ofertado resposta no sentido da incompatibilidade à formação e ao exercício de função em vigilância privada, por parte dos deficientes físicos.

Também salienta que, mesmo no caso de inclusão das pessoas portadoras de deficiência em seus quadros, não haveria empresa, órgão ou entidade pública que permitiria a prestação de serviços de vigilante por tais empregados.

Requereu a concessão da ordem a fim de que as autoridades indigitadas coatoras se abstenham de exigir da impetrante a contratação de pessoas com deficiência para a atividade de vigilante, devendo o cálculo do percentual a que alude o artigo 93 da Lei nº 8.213/1991 incidir sobre o efetivo da empresa, excluídos os empregos de vigilante.

Em contestação a União afirmou que a notificação expedida à impetrante encontra ressonância em ditames constitucionais e em vários documentos internacionais.

Alegou que o artigo 93 da Lei nº 8.213/1991 não traz nenhuma exceção quanto ao cumprimento das cotas para deficientes físicos e pessoas reabilitadas, razão pela qual não é possível excluir determinada atividade, inclusive porque existem diferentes tipos de graus de deficiência.

Disse que a exclusão daquelas pessoas de alguma atividade, além de denotar preconceito, implica desobediência legal e constitucional sobre a matéria.

O juiz da instância percorrida concedeu a segurança para determinar aos órgãos de fiscalização trabalhista que se abstenham de exigir da impetrante a contratação de pessoas com deficiência para a atividade de vigilante, excluindo do cálculo previsto no art. 93 da Lei nº 8.213/91 os empregados naquela função.

Assim fundamentou o julgador originário:

"A Lei nº 7.102/83, que regulamenta a profissão de Vigilante, estabelece como condição essencial higidez física e mental, exigindo do candidato à qualificação e à habilitação ao exercício da função a aprovação em exame de saúde física, mental e psicotécnico, consoante dispõe o art. 16, V, da lei.

A exigência da higidez física e mental decorre do fato de que a atividade do vigilante é, essencialmente, parapolicial, de proteção da integridade física e do patrimônio de terceiros, devendo, portanto, ser exercida por pessoas adequadamente preparadas para impedir ou inibir ação criminosa.

É o que se infere do conceito legal de vigilância previsto no art. 5º do Decreto nº 89.056/83, que assim dispõe:

'Art 5º. Vigilância ostensiva, para os efeitos deste Regulamento, consiste em atividade exercida no interior dos estabelecimentos e em transporte de valores, por pessoas uniformizadas e adequadamente preparadas para impedir ou inibir ação criminosa'.

Nessa atividade de evitar a ação de delinquentes para garantir a segurança das pessoas e a integridade patrimonial, afigura-se indispensável desenvoltura corporal, com capacidade para o uso proporcional da força.

Nesse contexto de crescente de violência, seria temerário chancelar o exercício da profissão de vigilante por indivíduos sem capacidade para pronta ação em momentos de emergência e necessidade.

Por esse motivo, o art. 16, IV, da Lei 7.102/83 também fixa como condição obrigatória ao exercício da profissão a aprovação em curso de formação de vigilante, cuja grade curricular contempla disciplinas como Defesa Pessoal, Prevenção e Combate a Incêndios, Primeiros Socorros e Armamento e Tiro,

conforme se constata no Anexo da Portaria nº 387/06-DG/DPF do Ministério da Justiça.

A natureza e finalidade dessas disciplinas exigem esforço físico e mental incompatíveis com pessoas portadoras de necessidades especiais.

Não se pode olvidar que o art. 19, II, da Lei nº 7.102/83 assegura ao vigilante o porte de arma, quando em serviço. Ora, entendo ser irresponsável autorizar pessoa com necessidades especiais, seja decorrente de deficiência física, auditiva, visual, sensorial ou mental, o uso de arma de fogo. Seria colocar em risco a própria vida do deficiente e a de terceiros. Chega a ser cômico imaginar um cego portando uma arma.

Diante dessa incompatibilidade e das exigências legais para a exercício da profissão de vigilante, o cálculo do percentual de contratação de pessoas portadoras de deficiência física prevista no art. 93 da Lei nº 8.213/91 não deve considerar os empregados na função de vigilantes" (fls. 165/170).

Pois bem.

A Organização das Nações Unidas, em 1975, aprovou a "Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência", que em seu artigo 3º dispõe:

"As pessoas portadoras de deficiência têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. Qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, os seus portadores têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar uma vida decente, tão normal e plena quanto possível".

Em 1982, a ONU aprovou o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência, dispondo em seu artigo 12:

"Art. 12. A igualdade de oportunidades é o processo mediante o qual o sistema geral da sociedade – o meio físico, cultural, a habitação, o transporte, os serviços sociais e de saúde, as oportunidades de educação e de trabalho, a vida cultural e social, inclusive as instalações esportivas e de lazer – torna-se acessível a todos." (grifo nosso)

Também a OIT, em sua 69ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, realizada em 1983, aprovou a Convenção n. 159, que trata da reabilitação de profissional e emprego de pessoas deficientes.

Esse importante normativo internacional, ratificado pelo Brasil em 1990 e com vigência nacional a partir de 18/05/1991, prevê, em linhas gerais, que os países-membros devem adotar políticas de promoção de oportunidades de emprego para pessoas deficientes no mercado de trabalho, tendo como base "o princípio de igualdade oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral".

Na esteira desse compromisso internacional assumido pelo Brasil para inclusão da pessoa portadora de deficiência, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como um dos fundamentos da República a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV, CF),

No rol dos direitos sociais trazidos pela Carta Magna, houve ainda a "proibição de

qualquer tipo de discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência" (art. 7º, XXXI, da CF).

Como forma de efetivar as garantias constitucionais de não discriminação, de liberdade de trabalho e de igualdade de oportunidades para ingresso no mercado de trabalho, a Lei n. 8.213/91 assim dispôs em seu art. 93:

"Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....2%;

II - de 201 a 500.....3%;

III - de 501 a 1.000.....4%;

IV- de 1.001 em diante.....5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados."

Importante destacar a relevância social da norma legal que estabelece cotas para contratação de pessoas portadoras de deficiência ou reabilitados.

O Estado não poderia entregar à própria sorte os seres humanos que, por alguma razão do destino, são portadores de limitações físicas, mentais ou sensoriais, e que, exatamente por essa condição especial, estão sujeitos a todo tipo de discriminação e preconceito.

Não houvesse essa intervenção estatal para garantir aos portadores de deficiência e/ou reabilitados a sua inclusão no mercado de trabalho, certamente ainda estaríamos vivendo as agruras de um passado recente no Brasil, em que os homens sem capacidade física plena para o trabalho eram simplesmente descartados, pois não serviam para os fins exploratórios do sistema.

Assim, aos doentes, aos incapacitados, aos fisicamente limitados, às vitimas do próprio sistema de exploração, restaria o isolamento, a exclusão.

Quando a norma trata de inclusão dos portadores de deficiência e dos reabilitados, aponta para uma obrigação da sociedade em geral de amparar essas pessoas com condições especiais, não permitindo que sejam discriminadas, assegurando-lhes o mesmo patamar de dignidade devido a todo o ser humano.

O Direito do Trabalho deve ser entendido dentro dessa ótica de proteção ao ser humano trabalhador, que é a própria razão da sua existência como ramo autônomo do direito.

Daí o apego que se impõe, na tarefa de aplicação do Direito Laboral, aos valores sociais do trabalho e aos princípios que preservam o homem em sua dimensão de dignidade.

Nesse sentido, Valdete Souto Severo, em sua obra "O Dever de Motivação da Despedida na Ordem Jurídico-constitucional Brasileira", preleciona:

"O fato de o Direito do Trabalho figurar dentre os fundamentos do Estado é, necessariamente, o reconhecimento de que ele se afirma como expressão de garantia da dignidade humana, que não se resume à sobrevivência física, mas abarca, também, a realização pessoal e profissional." (1ª ed., 2011, pag. 171)

Retomando a questão sob o prima constitucional, não se pode perder de vista, na leitura interpretativa dos comandos legais, que a Constitucional Federal elegeu como pilar do Estado Democrático de Direito a pessoa, para quem convergem todos os direitos fundamentais, resumidos no princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Assim é que, em seu art. 170, a nossa Carta Constitucional estabeleceu que a ordem econômica deve garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando, dentre outros princípios, o da "função social da propriedade" (inciso IV).

O princípio da função social da propriedade, no qual se insere a função social da empresa, está vinculado à ideia de responsabilidade social, que não se confunde com a realização de "políticas de caridade", mas envolve um feixe de obrigações que devem ser assumidas perante a sociedade para a concretização dos valores constitucionais de solidariedade, de justiça social e de proteção da dignidade humana, em que se inclui o direito ao trabalho digno, com igualdade de oportunidades a todos.

O magistrado do trabalho Jorge Luiz Souto Maior, em sua obra "Curso de Direito do Trabalho – A relação de Emprego (vol. II)", oferece uma visão bem interessante da questão que envolve a responsabilidade social das empresas prevista nem nossa Carta Constitucional:

"[...] Mas, a responsabilidade social, por evidente, não é apenas um valor econômico é, igualmente, um valor jurídico, que implica atribuir aos grandes capitais a obrigação de devolver à sociedade, em benefícios de natureza social, parte dos lucros que o próprio modelo de sociedade lhe proporciona". (pag. 177)

Portanto, a obrigação legal para contratação de pessoas portadores de deficiência e/ou reabilitados exige das empresas, destinatárias do comando normativo, que adotem uma postura proativa na efetivação desse direito, cumprindo, assim, a sua função social enquanto instituição comprometida constitucionalmente com os valores sociais do trabalho e da preservação da dignidade humana.

Escudar-se na alegação de que não existem pessoas portadoras de deficiência e/ou reabilitados disponíveis para contratação, com capacidade para as funções de que dispõe, é fazer letra morta da própria Constituição Federal, que confere às empresas a obrigação de assumir a sua cota de responsabilidade na implementação das políticas sociais relativas ao mundo do trabalho.

O art. 93 da Lei n. 8.213/91 é literal ao obrigar as empresas ao preenchimento das cotas de PCD's e reabilitados, sem condicioná-lo à existência de candidatos capacitados para as funções disponibilizadas. Também do dispositivo legal referido não se verifica exclusão de quaisquer funções, conforme pretende a impetrante.

A obrigação de inclusão da pessoa deficiente ou reabilitada não se inicia e se esgota com a contratação. Esse processo inclusivo de que trata a norma importa necessariamente na capacitação, na preparação técnica, na habilitação dos PCD's e reabilitados para que possam ser contratados.

Registre-se que os dados estatísticos da Previdência Social relativos aos reabilitados, bem como as informações do IBGE quanto ao número de pessoas portadoras de deficiência no Brasil, rechaçam, pela contundência de seus números, a alegação empresarial de que faltam candidatos em condições especiais para os cargos disponibilizados.

Segue trecho sobre o resultado do Censo de 2010 extraído do sítio do IBGE:

"Em 2010, cerca de 45,6 milhões de pessoas se declararam portadoras de alguma deficiência. Este número corresponde a 23,9% da população brasileira. Veja na tabela abaixo os tipos de deficiência declarados no Censo:

População residente por tipo de deficiência - Brasil – 2010

Tipo de deficiência

População residente

Visual

35.774.392

Auditiva

9.717.318

Motora

13.265.599

Mental/intelectual

2.611.536

Obs: Algumas pessoas declararam possuir mais de um tipo de deficiência. Por isso, quando somadas as ocorrências de deficiências, o número é maior do que 45,6 milhões, que representa o número de pessoas, não de ocorrências de deficiência." Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010. (http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao)

Como se vê, a questão não reside na inexistência de candidatos potenciais para as vagas reservadas.

Estando eventualmente o problema na falta de capacidade técnica desses trabalhadores em condições especiais para ocupar as funções disponibilizadas, a solução está nas mãos das empresas, conforme já analisado.

Desse modo, inescusável a justificativa trazida pela impetrante para a não contratação das pessoas portadoras de deficiência ou reabilitados

Quanto à alegação posta na petição inicial, no sentido de que a empresa buscou respaldo do Departamento de Polícia Federal, que se posicionou no sentido da incompatibilidade à formação e ao exercício de função em vigilância privada, por parte dos deficientes físicos, melhor sorte não socorre a impetrante, por dois motivos.

Primeiramente, conforme se vê pelos documentos colacionados pela recorrida, há manifestação da Coordenação-Geral de Controle de Segurança Privada, do Departamento de Polícia Federal, em que o seu subscritor registra que "não há orientação da Polícia Federal que, a priori, impeça todo e qualquer portador de deficiência de exercer a profissão de vigilante" (fl. 53 – grifo aposto).

Logo, não há como aplicar, genericamente, o entendimento defendido pela impetrante para excluir da base de cálculo de que cogita o artigo 93 da Lei nº 8.213/1991, todos os empregos de vigilante.

Inclusive, impõe-se registrar posicionamento do col. TST que, ao analisar pleito anulatório de cláusula de CCT na qual se estipulava a exclusão de determinados cargos existentes nas áreas de produção das empresas representadas, da base de cálculo a ser utilizada para a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência, decidiu por meio de sua Seção Especializada em Dissídios Coletivos pela nulidade absoluta da cláusula, verbis:

"AÇÃO ANULATÓRIA. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91. CÁLCULO DAS COTAS FIXADAS PARA PREENCHIMENTO DE VAGAS NAS EMPRESAS POR PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. FLEXIBILIZAÇÃO. É inválida cláusula constante de instrumento coletivo, em que se estipula a exclusão de determinados cargos existentes nas áreas de produção das empresas representadas da base de cálculo a ser utilizada para a aplicabilidade do percentual de vagas a serem preenchidas por portadores de deficiência. Incompatibilidade com o disposto no art. 93 da Lei nº 8213/91, norma de ordem pública, de caráter previdenciário, não passível de flexibilização por meio de acordo ou convenção coletivos de trabalho (ROAA – 2030000-26.2007.5.02.0000, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 10/10/2011, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: 21/10/2011).

Como visto pelo julgado transcrito, o col. TST inteligiu que não se poderia prefixar determinados cargos como não ocupáveis por pessoas portadoras de deficiência, sob pena de adotar medida discriminatória e contrária à Lei nº 8.213/1991, conforme assim se fundamentou no acórdão:

"Vale referir que na legislação em apreço se determina a reserva proporcional dos cargos nas empresas para pessoas portadoras de deficiência habilitadas e para beneficiários reabilitados, na forma ali expressamente conceituada; portanto, pessoas aptas na forma da lei a ingressarem no mercado de trabalho. Além disso, em nenhum momento exige-se nessa legislação que a contratação dessas pessoas se dê ao arrepio dos requisitos mínimos necessários ao desempenho das funções correspondentes, mas em vários dispositivos seus afirma-se a necessidade de essas pessoas estarem capacitadas para o exercício da função a ser desempenhada (art. 36, §3º, do Decreto nº 3.298/1999 e art. 12 da Instrução Normativa nº 20, de 26/01/2001, do Ministério do Trabalho e Emprego).

Cabe à empresa, pois, após observada a regra de aplicação do percentual previsto em lei sobre a totalidade dos cargos existentes, a fim de que não haja prejuízo na apuração do número de vagas a serem preenchidas por pessoas portadoras de deficiência, decidir onde e em qual função esse trabalhador poderá ser melhor aproveitado, de acordo com o grau de capacitação demonstrado.

Não se pode perder de vista também que são múltiplos os tipos e graus de deficiência e que os avanços tecnológicos têm permitido o exercício de atividades por pessoas que a detêm nunca antes imaginadas. Portanto, prefixar, em instrumento coletivo, ainda que de acordo com laudo técnico, determinados cargos como impróprios para serem preenchidos por pessoas portadoras de deficiência constitui medida precipitada e discriminatória que não se coaduna com o espírito da referida Lei de Cotas".

Em segundo lugar, considerando a exigência inafastável contida no artigo 93 da multicitada Lei nº 8.213/1991, cabe ao empregador, que detém o poder diretivo do seu empreendimento, direcionar trabalhadores portadores de deficiência ou reabilitados, conforme os cargos em que se verificar melhor aptidão para o exercício da função.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO DE VIAÇÃO ÁGUIA BRANCA S.A. RECURSO DE REVISTA. AUTO DE INFRAÇÃO. CÁLCULO DO PERCENTUAL PREVISTO NO ART. 93 DA LEI 8213/91. ATIVIDADES INCOMPATÍVEIS COM A SITUAÇÃO DO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA (MOTORISTA). NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO EM NOVA FUNÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A Constituição Federal de 1988, em seus princípios e regras essenciais, estabelece enfática direção normativa antidiscriminatória. Ao fixar como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o Texto Máximo destaca, entre os objetivos da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). A situação jurídica do obreiro portador de deficiência encontrou, também, expressa e significativa matiz constitucional, que, em seu artigo 7º, XXXI, da CF, estabelece a -proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência-. O preceito magno possibilitou ao legislador infraconstitucional a criação de sistema de cotas para obreiros beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência (caput do art. 93 da Lei n. 8213/91), o qual prevalece para empresas que tenham 100 (cem) ou mais empregados. O mesmo dispositivo legal também não estabeleceu nenhuma ressalva acerca das funções compatíveis existentes na empresa para compor o percentual dos cargos destinados à contratação de pessoas com deficiência, sem prejuízo do fato evidente de que os contratados deverão possuir a aptidão para o exercício da função. Em suma, a ordem jurídica repele o esvaziamento precarizante do trabalho prestado pelos portadores de deficiência, determinando a sua contratação de acordo com o número total de empregados e percentuais determinados, bem como fixando espécie de garantia de emprego indireta, consistente no fato de que a dispensa desse trabalhador -... só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante- (parágrafo primeiro, in fine, do art. 93, Lei n. 8213/91). Não há, portanto, como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão

denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido" (AIRR - 119800-30.2008.5.17.0006, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 25/06/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/08/2014).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA. COTAS DESTINADAS A PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS. DESCUMPRIMENTO DO ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91. O Regional declarou a validade do auto de infração e, assim, manteve a multa imposta à recorrente, em razão do descumprimento do disposto no art. 93 da Lei nº 8.213/91, consignando que, apesar de todos os prazos concedidos para a regularização da cota de 5% de empregados portadores de deficiência e/ou reabilitados, a autora não alcançou o percentual imposto por lei. O acórdão recorrido destaca que a determinação de observância da cota de deficientes e/ou reabilitados é endereçada a toda empresa com mais de 100 empregados, não havendo nenhuma exceção. Nesse contexto, não prospera a irresignação da recorrente, pois o art. 93 da Lei n° 8.213/91 não estabeleceu nenhuma ressalva ou exceção acerca das funções compatíveis existentes na empresa para compor o percentual dos cargos destinados à contratação de pessoas com deficiência, sendo certo, ainda, que a imposição de contratação de percentual de pessoas com deficiências habilitadas ou reabilitadas decorre de uma combinação de esforços, visando inibir a discriminação e satisfazer plenamente o princípio maior do respeito à dignidade humana. Assim, não se vislumbra a indigitada ofensa aos dispositivos constitucionais e legais invocados no presente recurso. Arestos inespecíficos. Agravo de instrumento conhecido e não provido. Processo: AIRR - 191700-28.2008.5.02.0059 Data de Julgamento: 08/05/2013, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/05/2013.

Assim, não tendo o art. 93 da Lei nº 8.213/91 determinado a exclusão deste ou daquele emprego, ou, ainda, não tendo estipulado que a contratação dos deficientes ou reabilitados seria para alguma atividade específica, caberá à impetrante, por meio de seu poder diretivo, eleger para quais cargos deseja destinar aquele rol de trabalhadores.

Conforme fundamentado anteriormente, a matéria em apreço encontra previsão em um plexo de disposições de origem internacional, constitucional e infraconstitucional, tamanha a sua envergadura.

Inclusive, a título de esclarecimento, sabe-se que o Governo Federal instituiu o "Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite", por meio do Decreto nº 7.612, de 17.11.2011, cuja finalidade é a de "promover, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência, nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, com status de emenda constitucional, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009".

Da análise do referido Decreto nº 7.612/2011, observa-se que uma das diretrizes do Plano federal é a ampliação da participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho (inciso III do artigo 3º) e que a sua execução será promovida pela União, em colaboração com Estados, Distrito Federal, Municípios, e com a sociedade.

Já a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, define que os Estados Partes se obrigarão a "Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego;", conforme alínea "e" do artigo 25.

Disso resulta a conclusão inafastável de que a efetivação do princípio preconizado no artigo 7º, XXXI, da CF/88, constitui obrigação de todos os possíveis e potenciais atores sociais envolvidos no seu cumprimento, notadamente o empregador.

Assim, tenho que a pretensão da impetrante, assim como os fundamentos constantes da sentença recorrida, violam de morte o disposto no artigo 36, §§ 1º ao 5º do Decreto nº 3.298/1999, que dispõe sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência; na Instrução Normativa nº 20/2001 do Ministério do Trabalho e Emprego, que dispõe sobre os procedimentos de fiscalização quanto ao cumprimento da Lei de Cotas; no artigo 93 da Lei nº 8.213/1991, bem como nos dispositivos constitucionais já referidos anteriormente.

Por essa razão, dou provimento ao recurso ordinário da União para denegar a segurança, mantendo-se a exigência imposta pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego/DF, para que a impetrante cumpra o disposto no artigo 93 da Lei nº 8.213/1999, relativamente ao preenchimento das cotas de pessoas portadoras de deficiência.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe provimento para denegar a segurança, mantendo-se a exigência imposta pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego/DF, para que a impetrante cumpra o disposto no artigo 93 da Lei nº 8.213/1999, relativamente ao preenchimento das cotas de pessoas portadoras de deficiência, nos termos da fundamentação. Custas pela impetrante, no importe de R$ 10,64, conforme estipulado no artigo 789 da CLT.

É o meu voto.

Acórdão

ACORDAM os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento, em aprovar o relatório, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento para denegar a segurança, mantendo-se a exigência imposta pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego/DF, para que a impetrante cumpra o disposto no artigo 93 da Lei nº 8.213/1999, relativamente ao preenchimento das cotas de pessoas portadoras de deficiência, nos termos do voto do Juiz Relator. Custas pela impetrante, no importe de R$ 10,64, conforme estipulado no artigo 789 da CLT. Ementa aprovada.

FRANCISCO LUCIANO DE AZEVEDO FROTA
Juiz Convocado

Processo: 01462-2012-019-10-00-6-RO

Ementa

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SEGURO, HÍGIDO E EQUILIBRADO. OBRIGAÇÃO PATRONAL. NÃO IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS DE SAÚDE DO TRABALHADOR COMPROVADA. REPARAÇÃO CIVIL DEVIDA.A Constituição Federal consagra, em seus artigos 1º, incisos III e IV, e 170, caput, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. O art. 6º, por sua vez, eleva a saúde e o trabalho ao patamar de direitos sociais e elenca como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a prevenção de riscos no ambiente de trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), bem assim o direito à saúde garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (art. 196 da CF), impondo ao empregador proporcionar aos seus empregados dignas condições do ambiente de trabalho. Nesse contexto, constitui obrigação patronal manter um meio ambiente do trabalho seguro, equilibrado, hígido e não degradante, sob pena de incorrer em ilícito trabalhista que irá lhe inserir na esfera da responsabilização civil (art. 7º, XXII, da CF, c/c art. 186 c/c 927, do CC).

Relatório

A instância de origem, por meio da r. sentença de fls.1766/1804, aditada pela decisão de embargos declaratórios às fls. 1825/1827, ambas da lavra da Exma. Juíza LAURA RAMOS MORAIS, julgou parcialmente procedentes os pleitos formulados na AÇÃO CIVIL PÚBLICA proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO(Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região) em face da empresa LOTAXI TRANSPORTES URBANOS LTDA e do DISTRITO FEDERAL, impondo à primeira reclamada o cumprimento de obrigações de fazer cominada com multa diária para o caso de descumprimento, e condenando, os reclamados, de forma solidária, ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no importe de R$500.000,00 (quinhentos mil reais).

LOTAXI TRANSPORTES URBANOS interpõe recurso ordinário às fls. 1846/1847, no qual renova preliminares de ilegitimidade ativa do MPT, inépcia da inicial e impossibili
dade jurídica do pedido. No mérito, pretende a reforma in totum do julgado, alegando a impossibilidade de cumprimento todas as obrigações de fazer em face do encerramento de suas atividades no setor em 06.12.2013. Em caráter sucessivo pede a redução do valor arbitrado a título de dano moral coletivo, bem como da multa imposta. Preparo comprovado às fls. 1874/1875.

O DISTRITO FEDERAL interpõe recurso ordinário às fls. 1876/1914, renovando as preliminares de incompetência do juízo, conexão e ilegitimidade passiva. No mérito, busca obter a revisão do julgado no que tange à responsabilidade solidária que lhe foi imputada, e em caráter sucessivo pede a redução do valor arbitrado a título de dano moral coletivo.

Recurso ordinário interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO às fls. 1950/1970, no qual pretende a reforma parcial do julgado a fim de seja majorado o valor arbitrado para o dano moral coletivo e seja reconhecida a responsabilidade solidária do Distrito Federal especificamente quanto às obrigações de fazer.

Contrarrazões apresentadas pelo MPT às fls. 1922/1949, pela LOTAXI às fls. 1975/1980, pelo DISTRITO FEDERAL às fls. 1984/2003 e pelo Sindicato Assistente às fls. 2006/2016 e fls. 2018/2032.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, por tratar-se de ação de sua autoria.

É o relatório.

Voto

1.ADMISSIBILIDADE

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

Em suas contrarrazões a LOTAXI TRANSPORTES URBANOS suscita preliminar de não conhecimento do recurso interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, argumentando, em síntese, ausência de ataque aos fundamentos da sentença.

Razão, contudo, não lhe assiste, porquanto o recorrente delimitou de forma clara, específica e justificada as razões de sua insurgência, voltando-se contra os fundamentos da decisão recorrida, autorizando o seu reexame por este Órgão Colegiado, na forma exigida pelo art. 514, II, do CPC.

Atendidas, assim, as disposições da Súmula 422 do col. TST, rejeito a preliminar.

Preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade, exarei voto no sentido de conhecer integralmente dos recursos interpostos pela primeira reclamada LOTAXI, pelo DISTRITO FEDERAL e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

Todavia, no que tange ao recurso ordinário interposto pelo Distrito Federal, restei vencida, tendo prevalecido o voto de divergência do Exmo. Juiz Revisor, exarado no sentido de conhecê-lo apenas parcialmente, in verbis:

"Peço vênia a eminente Desembargadora Relatora para apresentar uma divergência parcial na análise da admissibilidade do recurso do Distrito Federal.

O autor incluiu o Distrito Federal no polo passivo da lide para que, na qualidade de poder concedente, responda solidariamente pelo cumprimento das obrigações de fazer pretendidas em face da empresa ré, bem como seja condenado ao pagamento de uma indenização por danos morais coletivos no valor de R$10.000.000,00 (dez milhões de reais) (aditamento de fls. 364/373).

Não houve, vale dizer, pedido de condenação solidária do Distrito Federal quanto à indenização por danos morais coletivos.

A sentença de primeiro grau, complementada pela decisão de embargos declaratórios, esclareceu expressamente que jamais cogitou de responsabilidade solidária do Distrito Federal, fixando duas indenizações distintas, no valor de R$500.000,00, para cada um dos demandados, ou seja, R$500.000,00 para a empresa e R$500.000,00 para o Distrito Federal.

Segue o trecho da sentença:

"[...]

Assim, condeno o DF ao dano moral coletivo no valor de R$ 500.000,00. Indefiro o pedido de responsabilidade solidária quanto as obrigações de fazer, uma vez que não tem competência para intervir no gerenciamento interno da empresa ré. O valor está considerando a atitude da ré que continua a contribuir para o prejuízo." (fls. 1802/1803 - grifo nosso)

Questionada pelo Distrito Federal quanto à espécie da responsabilidade que lhe foi imputada, assim se pronunciou a magistrada de origem, verbis:

"Insurge-se o GDF quanto a contradição ao argumento de que inicialmente essa Juíza se manifesta pelo entendimento quanto a responsabilidade subsidiária e depois solidária do ente público.

Sem razão.

Essa magistrada entende pela responsabilidade subsidiária quanto a ausência de fiscalização das concessionárias públicas, mas no caso o ente público não só assumiu o risco, como aceitou contribuiu para o risco conforme fundamentação.

Jamais a juíza deu responsabilidade solidária do DF, para isso basta ler a sentença.

O que se pretende mais uma vez é a reforma do julgado.

No que se refere ao tópico do Dftrans, com a leitura é possível entender os fundamentos,

quais sejam, que não cabe ao MTE a fiscalização das atividades das concessionárias mas ao GDF enquanto concedente.

Rejeito os embargos apresentados neste aspecto por se tratar de reforma e apenas presto esclarecimentos neste aspecto." (fls. 1826 - grifo nosso)

Portanto, considerando o teor do julgado de origem, complementado pela decisão proferida em sede de embargos declaratórios, a condenação do Distrito Federal se limitou à indenização por danos morais coletivos no valor de R$500.000,00, sem qualquer cogitação de responsabilidade solidária.

Foram efetivamente deferidas duas condenações distintas, individualizadas, referentes à indenizações por dano moral coletivo, sendo uma a ser paga pela empresa demandada e outra, distinta, pelo Distrito Federal.

Assim foi a decisão de primeiro grau.

Nesse contexto, conheço apenas parcialmente do recurso do Distrito Federal, não o fazendo quanto aos tópicos que pugnam pela exclusão da responsabilidade solidária, por manifesta ausência de interesse recursal."

2. MATÉRIAS PRELIMINARES

2.1 - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. (Recurso do Distrito Federal)

O DISTRITO FEDERAL argúi preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho em razão da matéria. Argumenta que esta Justiça Especializada não seria competente para apreciar a questão, uma vez que os fundamentos utilizados pelo Ministério Público do Trabalho para tentar lhe atribuir responsabilidade direta não tem qualquer relação com a legislação trabalhista.

Nesse sentido, sustenta "que quando a exordial prega a responsabilidade solidária do concedente, pela natureza pública do serviço no qual os trabalhadores teriam sofrido prejuízo ou pela suposta aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, o MTP não ampara seu pedido indenizatório em quaisquer normas de direito do trabalho."(fl.1880)

Aduz, ainda, que não é o empregador dos motoristas e cobradores dos atuais permissionários, havendo exclusivamente relação administrativa entre o ente público e as empresas concessionárias.

Razão, contudo, não lhe assiste, porquanto, "a natureza jurídica da situação existente ou havida entre as partes é irrelevante para estabelecer a competência material. Esta se determina pela natureza da relação litigiosa, a qual aponta o órgão competente para o deslinde da demanda." (Júlio César Bebber, em Princípios do Processo do Trabalho, São Paulo: LTr, 1997, p. 259).

Nessa Justiça Especializada, a competência material é aferida a partir da causa de pedir e do pedido formulados na inicial. Nos dizeres de Júlio César Bebber, "...a competência em razão da matéria se determina pela res in judicium de ducta, ou seja, pela matéria objeto do litígio. Dessa forma, para se estabelecer a competência material do órgão julgador, importa analisar a causa de pedir e o pedido. É através destes elementos integrantes da petição inicial, que se delimita a competência ratione materiae. (...) Se de fato

incidem ou não as normas invocadas como fundamento dos pleitos, em face do vínculo jurídico existente entre as partes, ao órgão competente para a apreciação da demanda incumbe dizer" (Júlio César Bebber, em Princípios do Processo do Trabalho, São Paulo: LTr, 1997, p. 259).

No caso, o direito que o MTP visa tutelar por meio de Ação Civil Pública, diz respeito a interesses coletivos dos trabalhadores da primeira reclamada (LOTAXI) que trabalham nos ônibus que prestam o serviço público de transporte de passageiros, e se referem às condições ambientais de trabalho.

A causa de pedir e o pedido derivam da relação trabalhista havida entre os empregados da LOTAXI, empresa permissionária do serviços de transporte públicos no Distrito Federal, cuja análise de mérito abrange eventual responsabilização solidária do Distrito Federal na fiscalização de seus permissionários.

Logo, o processamento e julgamento de lide que envolva a discussão sobre a preservação do meio ambiente do trabalho buscando a salvaguarda de direitos difusos e coletivos, é de competência da Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, a jurisprudência do c. TST, verbis:

"COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONDIÇÕES DE TRABALHO. Tendo a Ação Civil Pública, como causas de pedir, disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho" (STF. RE 206220/MG, Acórdão 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Publicado no DJ em 17/09/1999)

Assim, levando em conta que o pedido e a causa de pedir é que fixam a competência do órgão julgador, e evidenciada a natureza da pretensão, inequívoca a competência desta Justiça Especializada para o processamento e julgamento da presente lide, nos termos dispostos no art. 114, IX, da CF.

Preliminar rejeitada.

2.2 - PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL.

(Recurso da reclamada LOTAXI)

Renova a recorrente preliminar de inépcia da inicial consubstanciada na hipótese do art. 295, III do CPC, ao argumento de que o pedido de exigência de renovação da frota dos ônibus com motores traseiros dentre outras é juridicamente impossível, porque inexiste no ordenamento jurídico qualquer dispositivo legal a embasar tal pretensão.

Nos termos preconizados no parágrafo único do art. 295 do CPC, considera-se inepta a petição inicial quando lhe faltar pedido ou causa de pedir; da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; o pedido for juridicamente impossível; contiver pedidos incompatíveis entre si.

Os requisitos da petição da inicial trabalhista inseridos no art. 840, § 1°, da CLT, em atenção aos princípios da economicidade, simplicidade e celeridade, orientadores do Processo do Trabalho, exigem da parte autora apenas uma "breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio" e a formulação dos pedidos que guardem consonância lógica com a narração desses fatos.

Nesse contexto, predominando nessa Justiça Especializada a ausência de formalismos, não se pode considerar inepta a petição inicial que permitiu à parte contrária a sua compreensão e apresentação de defesa, tornando controversos os fatos articulados pelo autor na inicial.

Do que se depreende da petição inicial, o autor postulou a renovação da frota de ônibus com base não apenas da Resolução CONTRAN nº 4.741/2012 e 811/1996, como também com base na Recomendação da Subsecretaria de Saúde Ambiental e Norma Brasileira ABNT NR 15570/2009 e da NR 17 do MTE, apresentando todos os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, na forma do §1º do art. 840 da CLT.

Como se vê, os pleitos deduzidos estão amparados em normas que tratam das condições de saúde, higiene e segurança do trabalho, possibilitando o enquadramento jurídico cabível na hipótese de se reconhecer a responsabilidade do empregador pelo descumprimento das normas que regem a matéria.

A primeira e segundo reclamados exerceram seu direito de defesa, sendo certo que, se houve qualquer defeito na peça de ingresso, este não inviabilizou o exercício do contraditório.

Impertinente, portanto, a declaração de inépcia da petição inicial, não havendo que se falar em violação aos dispositivos legais ventilados no recurso.

Preliminar rejeitada.

2.3 - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. (Recurso do Distrito Federal)

O DISTRITO FEDERAL suscita preliminar de nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional, alegando que mesmo após a interposição de embargos declaratórios, a decisão continuou desprovida de fundamentação, em violação aos arts. 897-A da CLT, art.5º, XXXV e LV e art. 93, IX, ambos da CF .

A previsão legal constitucional contida no art. 93, IX, da Constituição Federal, é no sentido de que as decisões sejam fundamentadas, devendo o Magistrado justificar suas razões de decidir, com o fim de garantir às partes a ampla defesa e o contraditório. Tal regra, contudo, não obriga o Juízo a rebater pontualmente os argumentos e fatos que a parte julgue importantes.

Dentro desse enfoque, constata-se que a sentença recorrida encontra-se devidamente fundamentada, não estando eivada dos vícios apontados pelo recorrente. O MM. Juízo a quo examinou a matéria objeto da demanda, consignando expressamente os aspectos legais e fáticos da sua decisão, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado.

As matérias discutidas nos autos, bem como os motivos que levaram ao desfecho a elas conferido, foram consignados de forma clara, expressa e coerente pelo Magistrado originário, contexto que autoriza a ampla devolutividade das matérias que integram o objeto do presente recurso a esta Instância revisora.

Incólumes, assim, as disposições dos arts. 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da CF, e dos arts. 832 e 897-A da CLT.

Preliminar rejeitada.

2.4 - PRELIMINAR DE CONEXÃO. REUNIÃO DE PROCESSOS.

(Recurso do Distrito Federal)

A Magistrada de origem, em audiência, indeferiu a preliminar de conexão e pedido de reunião do presente processo ao feito de Número 0001566-18.2012.5.10.0015, distribuído à 15ª Vara do Trabalho de Brasília, "dada a diversidade de fundamentos e de partes entre esta ação e aquelas com as quais os réus arguem a causa modificativa de competência" (fl.394).

Tal entendimento foi confirmado pela r. sentença, consignando: "Não há que se falar em conexão, eis que se faz necessário a identidade de partes, ausente neste caso. Indefiro o pedido de conexão nos termos do art. 253 do CPC. Ao contrário do que alega o DF o polo passivo é distinto da ação ajuizada perante a 15ª Vara e a do presente processo." (1780)

Em sede preliminar, insiste o recorrente/Distrito Federal, no pedido de reunião do presente feito ao Processo 0001566-18.2012.5.10.0015, em decorrência da conexão, ao argumento de que o art. 103 do CPC não exige identidade de partes, mas apenas a comunhão de objeto ou de causa de pedir.

Aduz que o entendimento do Juízo se deu de forma equivocada, porquanto deveria ter declinado da competência para o Juízo da 15ª Vara do Trabalho de Brasília. Requer, assim, a nulidade da sentença proferida.

De fato, o art. 103, do CPC, não exige identidade de partes quando dispõe que "reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir".

Todavia, da análise da documentação juntada aos autos, verifica-se que ainda que existam alguns fatos em comum a ambos os feitos, não há completa identidade entre os elementos das ações.

Na Ação Civil Pública nº 0001566-18.2012.5.10.0015, ajuizada perante 15ª VTB/DF (cópia da inicial a fls.947/1046), ajuizada em face do DISTRITO FEDERAL (SECRETARIA DE ESTADO DE TRANSPORTE DO DISTRITO FEDERAL), o Ministério Público do Trabalho, com base nos inquéritos civis instaurados em face das companhias de transporte público urbano de passageiros do Distrito Federal ali especificadas e que demonstraram graves irregularidades advindas do descaso com os programas ocupacionais que visam melhorias para a saúde e segurança do trabalhador, buscou a adequação do processo licitatório que visava a renovação de todo o sistema de transporte coletivo, às normas legais que regem a saúde e segurança no trabalho, e por meio de medida obstativa buscou compelir não apenas o Distrito Federal, como também as empresas permissionárias, a adquirirem veículos capazes de trazer melhorias ao ambiente de trabalho de motoristas e cobradores que atuam no sistema de transporte no Distrito Federal.

Na presente ação, o MPT informou que por meio do inquérito civil instaurado em face da empresa LOTAXI, constatou que a empresa não implementou programas ocupacionais prevenção de riscos ambientais exigidos pelas Normas Regulamentares nº8, 9 e 17 do Ministério do Trabalho e Emprego, e não adotou medidas no sentido de reverter ou impedir a perda auditiva de seus empregados.

Diante da constatação de graves irregularidades com a saúde físico-mental dos motoristas e cobradores de ônibus frequentemente expostos a agentes físicos insalubres, tais como vibração, ruído, calor, gases, vapores e poeiras advindas das precárias condições de trabalho, e diante da recusa da reclamada em celebrar Termo de Ajuste de Conduta, o MPT ajuizou a presente Ação Civil Pública com o fim compelir a reclamada LOTXI ao cumprimento de obrigações que visem adequar o meio ambiente laboral ao quanto disposto em normas de segurança e saúde do trabalhador e em obrigação de pagamento de indenização pelo dano moral coletivo advindo da violação de direitos fundamentais dos trabalhadores.

Nesse compasso, postulou a condenação da reclamada ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer e ao pagamento de indenização por dano moral de ordem coletiva, inserindo o Distrito Federal no contexto da responsabilidade pelos danos causados à coletividade, pelo fato de ser o concedente do serviço público.

Embora a reclamada LOTAXI integre o polo passivo de ambas as ações, o conjunto probatório é diferente em cada uma delas, bem como o objetivo pretendido pelo Parquet. Ainda que existam pontos comuns em ambas as ações, é certo que não resta caracterizada a identidade de pedidos, pelo que, inviável se torna o reconhecimento da conexão entre os feitos.

Preliminar rejeitada.

2.5 – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DISTRITO FEDERAL.

O DISTRITO FEDERAL renova sua pretensão de exclusão da lide, alegando ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação. Argumenta que não é sua atribuição fiscalizar o meio ambiente de trabalho dos empregados da reclamada LOTAXÍ, visto que, conforme disposto no art. 11 da Lei 10.593/02 e art. 626 da CLT, tal atribuição é exclusiva da União por meio de auditores fiscais do trabalho.

Alega, ainda, que sua ilegitimidade passiva estaria configurada na impossibilidade de condenação do ente público de forma solidária, mormente porque, a teor do disposto no art.71, §1º da Lei 8.666/93, é vedada a responsabilização do ente público em decorrência dos serviços prestados por terceiros que possuam vínculo jurídico com a Administração.

Não lhe assiste razão, contudo.

No dizer preciso de Arruda Alvim, "estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença" (Código de Processo Civil Comentado, vol. I, pág. 319).

A legitimidade ativa e passiva decorrem da titularidade da pretensão deduzida em juízo ou da titularidade da resistência oposta a esta pretensão. Portanto, o Distrito Federal é parte legítima para figurar no polo passivo da lide, mormente porque, a inicial aponta sua condição de solidário à 1ª reclamada – LOTAXI, no objeto da condenação pretendida.

Assim, constatado que o Distrito Federal na qualidade de concedente do serviço pú-

blico, mantém vínculo administrativo com a primeira reclamada (concessionária), e em razão de tal vínculo advém sua responsabilidade pelo dano moral coletivo, aferida está a pertinência da figuração passiva da lide. A análise da questão relativa à possibilidade ou impossibilidade de condenação de forma solidária do ente público é matéria afeta ao mérito do recurso, não sendo cabível sua análise em sede preliminar.

Prefacial que se rejeita.

2.6 PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. (Recurso da reclamada LOTAXI)

Suscita a recorrente LOTAXI, preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que o pedido de dano moral coletivo não determina quais seriam os sujeitos destinatários da reparação pretendida.

Há possibilidade jurídica do pedido quando o ordenamento admite, em tese, a pretensão deduzida pelo autor.

No caso concreto, o pedido de dano moral coletivo é direcionado ao universo de motoristas e cobradores empregados da reclamada, ou seja, à coletividade de empregados enquadrados nessa categoria, porque submetidos a condições de trabalho que não observam as normas que tratam das condições de saúde, higiene e segurança do trabalho.

O pleito encontra amplo respaldo em nosso ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição Federal, no seu art. 1º, inciso III, eleva à condição de fundamento da República a dignidade da pessoa humana, estabelecendo no seu art. 6º, o direito à saúde, e consagrando no art. 7º, XXII, o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho.

Por conseguinte, à luz da teoria da asserção, que autoriza o julgador a auferir abstratamente as condições da ação, diante do que foi posto pelo autor em sua petição inicial, rejeito a preliminar em análise, uma vez que, em tese, o ordenamento jurídico admite, de forma sobejante, a pretensão deduzida.

Preliminar de carência de ação rejeitada.

3.MÉRITO

3.1. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

(Recurso da LOTAXI)

A reclamada renova prefacial de ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor a presente ação, argumentando, em síntese, que o direito vindicado na presente demanda ostenta natureza individual não-homogênea, não se tratando de pretensão que possa ser tutelada pelo Ministério Público do Trabalho. Sustenta que o não se trata de defesa de interesses coletivos, mas de determinada categoria ou empresa, fora do amparo legal conferido ao autor no uso da ação civil pública.

A Constituição Federal, no art. 129, III, elenca como função institucional do Ministério Público "promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos."

Registre-se, ainda, o art. 127 da CF que prevê, verbis:

"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

Por outro lado, a Lei Complementar nº 75/93 legitima o Ministério Público a propor Ação Civil Coletiva, assim dispondo, verbis:

"Art. 6º -Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais;

b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

Omissis."

Segundo o art. 81 da Lei 8.078/90 (CDC), a defesa dos interesses metaindividuais pode ser exercida a título coletivo, sendo este último somente quando se tratar de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, expressamente definidos nos termos do parágrafo único e incisos, do art. 81 do CDC, in verbis:

"Art. 81. (...)

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

Pela interpretação do dispositivo legal acima citado, a conceituação dos interesses metaindividuais dá-se pela titularidade do interesse, pela natureza do objeto e pela ligação entre os titulares e o direito pretendido. Portanto, ao contrário do aventado pela recorrente, não é a divisibilidade do interesse a ser tutelado, ou mesmo a identificação do titular do direito que, por si só, faz desaparecer o caráter coletivo do interesse.

No caso concreto, trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público do Trabalho objetiva a condenação da reclamada na obrigação de implementar programas de prevenção de riscos ambientais exigidos pe-

las Normas Regulamentares nº8, 9 e 17 do Ministério do Trabalho e Emprego, diante do comprometimento da saúde de seus empregados, fato constatado em inquérito civil anteriormente ajuizado e em face do qual a reclamada se negou a celebrar Termo de Ajuste de Conduta.

Observa-se da narrativa dos fatos expostos na inicial, que os interesses defendidos referem-se a todo o grupo de trabalhadores que trabalha nos ônibus da empresa Lotaxi e que têm ou tiveram a saúde comprometida em face da omissão da empresa em implementar os programas de prevenção de riscos ambientais exigidos pelas Normas Regulamentares nº8, 9 e 17 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Tal hipótese envolve interesses transindividuais indisponíveis, associados ao núcleo de direitos humanos, com dimensão de direitos fundamentais, ligados à saúde e segurança ocupacional, cuja origem é comum ao grupo de sujeitos que encontram-se ligados por uma relação jurídica base, no caso, todos empregados e ex-empregados da LOTAXI, o que atrai a possibilidade de tutela coletiva.

Nesse sentido, precedente do c. TST:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LESÃO A UMA COLETIVIDADE DEFINIDA DE TRABALHADORES. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública está consignada nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal, c/c os artigos 83 e 84, da Lei Complementar 75/93. Dessa forma, sempre que a petição inicial referir-se a lesão que perturbe, supostamente, uma coletividade definida de trabalhadores e existir, consequentemente, um ato lesivo a contratos de trabalho, de forma direta ou indireta, o Ministério Público do Trabalho terá legitimidade para ajuizar ação com vistas a tutelar o direito correspondente em juízo. Se o órgão judicante concluir que as lesões não estariam ocorrendo na ordem dos fatos, deverá dizê-lo ao exame do mérito. Recurso de revista conhecido e provido."

(TST-RR-115400-28.2006.5.14.0005, 6ª Turma, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DJ de 26/11/2010."

Exsurge, portanto, patente a legitimidade ativa do MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO para ajuizar esta ação civil pública, não havendo se cogitar em violação ao art. 81, III, da Lei 8.078/90.

Ressalte-se que, ainda que na análise do mérito haja reconhecimento da improcedência da pretensão, tal circunstância não tem o condão de afastar a legitimidade, ora reconhecida.

Nesses moldes, evidenciado que o direito perseguido se refere a uma coletividade de pessoas indeterminadas, mas determináveis no tempo, conclui-se que o MPT detém legitimidade para ajuizamento da presente ação civil pública.

Preliminar rejeitada.

3.2 - DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE PREVENÇÃO DE RISCOS AMBIENTAIS. OBSERVÂNCIA DAS NORMAS REGULAMENTARES DO MTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER.

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO em face de LOTAXI TRANSPORTES URBANOS LTDA e DISTRITO FEDERAL, sustentando o descumprimento das Normas Regulamentares nºs 7, 9 e 17 do Ministério do Trabalho e Emprego, no que tange à elaboração e implementação de programas de prevenção de riscos ambientais de controle médico ocupacional no âmbito de atuação da primeira reclamada.

Alega que, anteriormente, foi instaurado inquérito civil público em face da reclamada LOTAXI, onde foram aferidas irregularidades das condições de trabalho, especialmente dos motoristas e cobradores de ônibus. O processo investigativo ocorreu mediante análise dos afastamentos previdenciários dos últimos 8 (oito) anos; solicitação e análise dos programas ocupacionais da empresa, especificamente o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) e Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), verificando, a cada 2 (dois) anos se eram realmente implementados; realização de diligências nas empresa com participação de corpo médico especializado (Engenheiro e Médico do Trabalho), a fim de verificar in loco as condições laborais dos trabalhadores.

O inquérito civil foi conclusivo no sentido exposto às fls. 05/10:

ICP nº 188/2004 - LOTAXI TRANSPORTES URBANOS LTDA: os programas ocupacionais (PPRA e PCMSO) da empresa não foram devidamente implementados porque não apresentavam informações compatíveis entre si, isto é, para determinado setor no PPRA constava determinado risco não contemplado pelo PCMSO; a reclamada não realizava medidas avaliadoras e de prevenção; não realizava análise dosimétrica adequada para avaliação do grau de exposição ao ruído a que submetidos seus motoristas e cobradores durante a jornada de trabalho dentro dos ônibus com motores dianteiros; não incluiu os exames alterados no relatório anual do PCMSO; não comprovou a realização das medidas sugeridas no PCMSO; não efetivou ações preventivas e corretivas do PPRA; não realiza o acompanhamento da série histórica dos exames audiométricos (admissionais, periódicos, de troca de função e demissionais) a que submetidos seus empregados motoristas, cobradores, despachantes e apontadores, entre outros.

Após análise dos exames audiométricos dos trabalhadores da empresa pelo Médico do Trabalho, foi registrada a prevalência de audiometrias alteradas (enquadradas na classificação de PAIR – Perda Auditiva Induzida por Ruído) ou sugestivas de alterações (desencadeamentos ou agravamentos) por exposição ao ruído ou por níveis de pressão sonora elevados, constituindo um componente epidemiológico forte para o enquadramento de nexo causal entre o trabalho e as lesões apresentadas.

Diante das graves constatações obtidas com o inquérito civil, encaminhou Notificação Recomendatória e minuta de Termo de Ajustamento de Conduta, tendo a reclamada se recusado a celebrá-lo, ao argumento de que não teria como evitar possível progressão dos problemas que ocorrem com a audição dos motoristas e cobradores.

E em não se ajustando, pronta e espontaneamente ao determinado na legislação pertinente, não restou alternativa se não as medidas judiciais cabíveis contra a reclamada para impedir a perpetuação do descaso e

banalização do adoecimento acometido aos motoristas, cobradores e demais trabalhadores do aludido segmento profissional.

O autor disse, ainda, que o próprio Distrito Federal admitiu a prejudicialidade dos riscos advindos do excesso de ruídos (decorrente da posição dianteira dos motores dos ônibus) e da vibração, geradores de agravamentos na saúde dos trabalhadores, em especial dos motoristas e cobradores, tendo, afinal, recomendando a aquisição de 100% (cem por cento) dos veículos com motor traseiro.

Entretanto, apesar dos esforços realizados para a melhoria das condições de trabalho dos motoristas e cobradores do sistema de transporte coletivo do Distrito Federal, o ente público publicou em 14.08.2012, Edital de Concorrência nº 1/2011-ST, que trata da concessão do serviço básico rodoviário distrital, sem observar todo o arcabouço legal e doutrinário exposto pelo autor, que visava garantir a melhoria das condições de trabalho de motoristas e cobradores do sistema de transporte coletivo de passageiros do Distrito Federal.

Ressaltou a existência de casos bem sucedidos de frotas de ônibus com motores traseiros, a exemplo do que ocorre em São Paulo/SP (Lei Estadual nº 13.542, de 24/03/2003) e no município do Rio de Janeiro/RJ (Projeto de Lei nº 15/2011), nos quais os veículos utilizados já operam há muito tempo sem nenhum tipo de questionamento, seja do Poder Público, seja dos trabalhadores do sistema de transporte, seja dos passageiros ou mesmo das próprias empresas prestadoras de serviço.

Sustentou que o ente público é solidariamente responsável pelos danos causados aos trabalhadores, vez que sua responsabilidade é objetiva (art. 37, §6º, da CF/88), e também porque restou comprovada a existência de nexo de causalidade entre a atuação do Estado e o prejuízo experimentado por todos os atuais rodoviários e ex-rodoviários do sistema de transporte coletivo urbano de passageiros do DF, em especial motoristas e cobradores.

Postulou, assim, a condenação da reclamada e solidariamente, do Distrito Federal, nas obrigações de fazer e não fazer, consistentes em:

- elaboração e implementação, em caráter efetivo, do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA; - elaboração e implementação, em caráter efetivo, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO; - elaboração e implementação, em caráter efetivo, do Programa de Conservação Auditiva – PCA; - realização imediata de monitoramento audiométrico de todos os trabalhadores da primeira ré expostos ao risco físico ruído; - emissão de CAT para todos os empregados que trabalhem expostos a fontes geradoras de ruído; - implantação imediata, nos atuais veículos da frota de ônibus, medidas de controles de engenharia, como instalação de silenciadores, enclausuramento do motor, redução de vibração das estruturas; realize nos atuais veículos a análise dosimétrica para avaliação do grau de ruído a que submetidos os motoristas e cobradores durante a jornada laboral; - fornecimento de EPI's; - observância das normas relativas a jornada máxima d 08 horas de trabalho; - disponibilização, nos terminais que não os finais para passageiros, água potável e instalações sanitárias separadas por sexo e em condições adequadas de dimensionamento, higiene e limpeza; - aquisição de veículos novos com ar condicionado e motor situado na parte traseira, com câmbio automático e direção hidráulica; entre outras medidas.

Postulou, ainda, a condenação da reclamada ao pagamento de indenização no montante de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) a título de reparação pelos danos morais coletivos causados aos direitos difusos e coletivos dos trabalhadores presentes e pretérito, responsabilizando, solidariamente, o Distrito Federal pelo adimplemento.

Em tese de resistência a LOTAXI aduziu o cumprimento da NR 9 da Portaria 3214 do MTE, especialmente no que ao Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional previsto na tange a NR 7 do MTE, sustentando, em síntese, a improcedência das alegações e dos pleitos formulados na Ação Civil Pública pelo Parquet.

O Distrito Federal sustentou que só se aplica a responsabilidade objetiva do Estado nos casos em que há conduta comissiva do agente causador do dano, e não nos casos em que há conduta omissiva. Aduz que os autos dizem respeito a suposta omissão do DF em fiscalizar as empresas delegatárias do serviço de transporte coletivo, entendendo nesse particular que a responsabilidade é subjetiva.

No mérito, sustentou que, ainda que fosse sua a atribuição de atuar na fiscalização do ambiente de trabalho no âmbito do transporte coletivo – o que, no seu entender, pertence ao DFTRANS ou à União –, não houve culpa do serviço por eventuais danos causados à saúde dos cobradores e motoristas de ônibus, uma vez que a empresa LOTAXI foi constantemente fiscalizada, sendo-lhe aplicados diversos autos de infração por violar as normas técnicas que resguardam a saúde dos trabalhadores e dos passageiros.

Asseverou que o DFTRANS, no exercício de seu poder de polícia, procedia à fiscalização dos ônibus da empresa, buscando melhorias na prestação de serviços à população e, consequentemente, um melhor ambiente de trabalho para cobradores e motoristas. Em síntese, pugnou pela improcedência dos pleitos exordiais.

A instância originária condenou a reclamada ao cumprimento das obrigações de fazer postuladas, ao fundamento de que há comprovação suficiente do adoecimento em massa dos empregados rodoviários da empresa LOTAXI, não tendo a reclamada comprovado que tomou medidas eficazes para minimizar ou diminuir os riscos ocupacionais ao longo do período demonstrado nos exames. Ressaltou que a recalcitrância da empresa reclamada em manter veículos com motores dianteiros ao argumento de que não existe norma proibindo tal uso, viola as Normas Regulamentares do MTE que coibem tudo aquilo que gera prejuízo a saúde o trabalhador. Para o caso de descumprimento das obrigações estabelecidas, estipulou multa diária de R$10.000,00 (dez mil reais).

Relativamente ao dano moral coletivo, entendeu existente o dano e nexo causal, ao fundamento de que a ré em nenhum momento tentou implementar medidas que reduzam o risco ou atenuem a fim de gerar menos impacto na saúde dos trabalhadores, a despeito de medidas já tomadas por outras empresas. Condenou, assim, a ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no importe de R$500.000,00 (quinhentos mil reais) reversível ao FAT.

Pelo meio ora visado pretende a LOTAXI a reforma do que restou decidido, reiterando toda a matéria de defesa. Insurge-se contra a valoração probatória efetuada, aduzindo que a extensa prova documental por ela acostada evidenciam a evolução história da saúde do trabalhador na empresa.

Alega que os elementos apresentados pelo autor remontam a fatos ocorridos nos anos de 2004/2005; que os programas de prevenção elaborados e implantados pela empresa atendem a legislação, haja vista que avaliou os riscos e traçou um perfil para os programas, principalmente o PPRA, com utilização de equipamento atualizado e próprio para esse fim.

Argumenta que inexiste no ordenamento pátrio, obrigatoriedade de que os ônibus de transporte de passageiros possuam motor na traseira e com câmbio automático, conforme especificado nos itens 10 e 11 da Norma Brasileira ABNT NBR 15570:2009; que seus ônibus atendem o disposto no art. 7º da Resolução 811/96 do CONTRAN, caso contrário, sequer teriam sido licenciados pela autoridade de trânsito.

Por fim, alega a impossibilidade de cumprimento da sentença, aduzindo que as determinações de obrigação de fazer perderam completamente seu objeto, vez que encerrou suas atividades e 06.12.2013 para que novas empresas passassem a operar no sistema de transporte coletivo.

Em caso de manutenção da obrigação, requer que as multas por eventual descumprimento sejam arbitradas em valor mais equânime, considerando apenas a empresa reclamada e seu quantitativo de empregados e não o grupo econômico ao qual pertence.

Passo à analise.

O Direito do Trabalho, desde sua origem, traz em sua essência a luta por melhorias no ambiente de trabalho, razão pela qual o sistema normativo trabalhista foi idealizado com o objetivo de consagrar garantias mínimas aos trabalhadores que por vezes acabam sendo vítimas de incontáveis abusos lesivos à dignidade humana e à saúde do trabalhador, em decorrência da ânsia de auferimento de maiores lucros em detrimento das condições sociais do trabalho.

A Constituição Federal em seus artigos 1º, incisos III e IV, e 170, caput, consagra a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. O art. 6º, por sua vez, eleva a saúde e o trabalho ao patamar de direitos sociais e elenca como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a prevenção de riscos no ambiente de trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), bem assim o direito à saúde garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (art. 196 da CF).

Nesse contexto, a Constituição da República, especificamente dispõe no seu art. 7º, inciso XXII, que é direito social dos trabalhadores "a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança", impondo ao empregador proporcionar aos seus empregados dignas condições do ambiente de trabalho.

Isso porque, o meio ambiente do trabalho está intimamente relacionado com o trabalhador na atividade laboral exercida em proveito de outrem e o equilíbrio desse local está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que danifiquem a higidez físico-psíquica dos trabalhadores.

Em matéria de responsabilidade pela manutenção de ambiente do trabalho equilibrado e seguro, a obrigação do empregador é reforçada pelo estabelecido na Convenção 155 da OIT (ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 2/1992 e promulgada pelo Decreto nº 1.254/1994), que trata da Segurança e Saúde dos Trabalhadores, e estipula no seu art. 4, itens 1 e 2, que o país signatário deverá estabelecer uma "política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho", com o objetivo de "prevenir os acidentes e os danos à saúde que foram consequências do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho."

Assim, constitui obrigação patronal manter um meio ambiente do trabalho seguro, equilibrado, hígido e não degradante, sob pena de incorrer em ilícito trabalhista que irá lhe inserir na esfera da responsabilização civil (art. 7º, XXII, da CF, c/c art. 186 c/c 927, do CC).

Fixadas essas premissas e analisando o caso concreto, verifica-se que a recorrente não conseguiu comprovar a implementação satisfatória de todas obrigações legais a ela impostas, mormente as alusivas ao meio ambiente de trabalho, e dessa forma afastar as conclusões alcançadas pelo Juízo na origem.

Ao contrário do que afirma o recorrente, o exame probatório efetuado pela Magistrada abrangeu toda a documentação acostada aos autos pelas partes, e, com muita propriedade, em ampla análise da questão, expôs o alcance das normas regulamentares em consonância à situação retratada nestes autos, nos seguintes termos, os quais se adota como razões de decidir:

"Conforme se comprova a vasta documentação juntada entre os quais o relatório parcial ICP nº 185/2004 foi constatado que os programas ocupacionais não apresentam informações compatíveis, ou sejo um risco contemplado no PPRA não consta no PCMSO; o PPRA não consta a avaliação ambiental e nem medições dos agentes de risco entre os quais o nível de pressão sonora; faltou audiometrias de todos os empregados; bem como a ASST destaca que a empresa ré não encaminhou as audiometrias admissionais de todos os empregados e nem o relatório anual do PCMSO realizados em 2005.

Foi contatado ainda que o relatório anual encaminhando aos autos não estava em conformidade com a NR 7, item 7.4.6.1.

Aduz que nas avaliações clínicas discriminadas por setores da empresa, não foi incluído o número e a natureza dos exames complementares realizados, bem como as estatísticas dos resultados considerados anormais.

O relatório produzido pela ASST informa que o quantitativo era inferior ao número de empregados informado pela empresa ás fls. 96/100 (97 motoristas e 60 cobradores).

Foi constatado agravamento da perda auditiva de alguns empregados. O anexo I (documento em segredo de justiça) comprovam a existência de vários exames audiométricos sugestivos de PAIR- Perda auditiva induzida por ruído. A ré alega que os documentos juntados pelo MPT são de 2004/2005 e já houve mudança nas condições de trabalho. Exemplificando tem as audiometrias dos funcionários de nome Aylon Vieira de Sousa com perda auditiva neuros sensorial bilateral de grau leve a moderado, Francisco Sampaio da Silva.

Foram juntados ainda perícias em processos individuais onde foram constatados ruído no ônibus com motores dianteiros. Tal justificativa só agrava o problema, pois a ré não demonstra e não comprova mudanças após 2005 que demonstre que houve melhoras nas condições de trabalho dos motoristas. Ademais há no anexo I juntada de audiometrias com perda auditiva datadas de 2007 e 2008.

O anexo I também demonstra claramente que existem exames sugestivos de desencadeamento de perda auditiva de trabalhadores induzidos por níveis de pressão sonora elevados. O grande número de exames nesse sentido comprova claramente os prejuízos trazidos pelas condições de trabalhado da ré à saúde de seus trabalhadores.

De outro lado, verifico pelo memorando 72/2012- SUPOTT/ST como respostas aos questionamentos do MPT onde o Subsecretario de Políticas de Transportes e Trânsito informa que segunda NBR 15.570 é permitido nas licitações veículos com motores dianteiros de acordo com a escolha gerencial e operacional das futuras concessionárias.

A resposta ainda foi no sentido de que como não há proibição para adquirir veículos com motores dianteiros tal possibilidade amplia o universo dos fornecedores e propicia melhores condições de competição com vistas a menor tarifa na licitação em andamento.

Conforme documento relativo a informações técnicas prestadas pelo Governo do Distrito Federal, consta que do ponto de vista ocupacional, foi observado que o posto de trabalho dos motoristas de ônibus comportam risco para saúde, como os que trabalham em veículos com motor dianteiro em comparação com o traseiro, tendo grande possibilidade de desenvolvimento de perda auditiva, comprovado portanto pelo anexo I o risco efetivo e pelo referido documento o risco em potencial.

Assim, a Subsecretaria de Saúde ambiental recomendou desde 26.04.2012 que no que tange ao processo em curso a localização do motor seja na parte central ou traseira dos veículos que circulam na área urbana.

As medidas tomadas por outras empresas de transporte, tais como a TCB, é no sentido de minimizar os riscos com a saúde através de colocação de ar condicionados e ônibus como motores traseiro, além de outras medidas efetivas.

O MPT juntou ainda importante artigo sob a prevalência de perda auditiva em motoristas de ônibus de transporte coletivo da cidade de Maringá- PR;

Nos estudos em caso concretos 28% das perdas auditivas de motoristas eram sugestivas de perda auditiva induzida por níveis de pressão sonora elevados.

A reclamada por sua vez juntou aos autos apenas audiometrias onde os resultados estavam dentro da normalidade, sem qualquer comprovação de que se tratavam de motoristas que laboravam com veículos com motor dianteiro.

Interessante verificar que foi juntada apenas uma CAT no meio da existência de tantos trabalhadores e processos visando o reconhecimento de doença ocupacional.

Ademais nos autos foram juntados apenas audiometrias admissionais, quando o importante é verifica as condições de saúde após ou durante o tempo que o trabalhador prestou ou presta serviços a ré.

A ré junta no volume VI vários exames de audiometrias periódicos, mas praticamente nenhum demissional que possa fazer comparação com os admissionais. Da mesma forma se deram os exames juntados no volume VII dos autos.

A reclamada junta o PCMSO de 2012 e o PPRA 2012. O PPRA (fls. 435) de fato prevê o risco de ruído aos cobradores e motoristas. De outro lado o cobrador também tem previsão de risco o ruído no PCMSO e da mesma forma o motorista, sem incompatibilidade nesse aspecto.

O DF apresentou defesa onde alega que o concessão pública a competência para fiscalizar o sistema é do DFTRANS, bem como que a atribuição para fiscalizar as condições de trabalho é do Ministério do Trabalho.

Foi apresentado petição do assistente que ingressou no processo, bem como foram juntados vários laudos periciais constatando a existência de insalubridade referente a ruído para as funções de motoristas e cobradores, demonstrando assim mais uma vez o prejuízo dos veículos com motores dianteiros, As perícias confirmam a insalubridade verificada pelos níveis de ruídos superiores aos permitidos.

Conforme bem preconizou o MPT em réplica há comprovação suficiente do adoecimento em massa dos empregados rodoviários da empresa ré, seja pelas audiometrias, seja pelos dados do INSS.

De outro lado a ré não comprova que tomou medidas para minimizar ou diminuir os riscos ocupacionais ao longo do período demonstrado nos exames, o que confirma que a ré insiste pela existência de veículos com motores dianteiros ao argumento de frágil de que não existe norma proibindo quando na verdade as NR´s do MTE coibem tudo aquilo que gera prejuízo a saúde o trabalhador, inclusive o ruído demonstrado pelas perícias acima do limite de tolerância.

O MPT alega em réplica que o número de rodoviários no Distrito Federal que gozaram de benefícios previdenciários foi de 4.946 (261 – 5,27% da Lotaxi), bem como que a quantidade de dias de afastamento previdenciários (ausências de trabalho por motivo de afastamento médico previdenciário foi de 2.517.410 ou seja 7,07% da Lotaxi) e os gastos pela previdência social foi de 5,99%)

Conforme bem preconizou o MPT em réplica são 268 trabalhadores (motoristas e cobradores) que podem sofrer os riscos de saúde.

(...)

Assim como bem demonstrou o MPT em sua réplica e analisando o PPRA de 2012 com relação à exposição ao ruído a função de motoristas e cobradores , demonstram que tais funções estão expostas ao nível de 72 a 85dcb, conforme audiometrias apresentadas.

Ademais conforme demonstrou o MPT o PCMSO de 2012 não foi acompanhando de relatório anual. Há audiometrias realizadas com traçados sugestivos de PAIR.

Ademais a ré não comprova em nenhum momento quais a medidas preventivas que está tomando para evitar as perdas auditivas em relação aos ônibus com motores dianteiros e assim a ré não demonstra medidas que eliminem ou reduzam os riscos com ruído conforme NR-09e NH-O 1 do Fundacentro.

Ademais as audiometrias apresentadas pela ré não foram na totalidade de seus funcionários, o que aponta que foram escolhidas.

Conforme dados previdenciários os gastos da ré em comento gastos pela Previdência Social com pagamento dos aludidos benefícios foram na ordem de R$ 1.650,942,27.

A quantidade de afastamentos foram de 261 empregados da ré, com 178,08 dias de afastamento do trabalho.

De outra sorte a ré comprovou ainda através do Perfil dos Rodoviários do DF várias doenças relacionadas com o risco ocupacional.

Ademais, o MPT conforme já narrado demonstra as medidas implementadas pela TCB visando reduzir ou elidir os riscos ocupacionais, sendo todos os ônibus equipados com ar condicionados, motor traseiro, piso baixo LOW Entry, com rampa de acesso a cadeirantes, direção hidráulica, e parte com câmbio automático , o que demonstra ser possível e legalmente devido a implementação de políticas na empresa capaz de reduzir os riscos ocupacionais.

Ao contrário a ré- Lotaxi continua insistindo pelo triste e fácil argumento de que não há proibição para circular ônibus com motores dianteiros, quando as NR´s do MTE e demais normas citadas que regulamentam a saúde do trabalhador demonstram tal vedação.

A empresa TCB ainda anexou vários atestados ocupacionais demonstrando a aptidão para o trabalho após as medidas implementadas em prol da saúde de seus trabalhadores.

Pois bem.

Pela vasta documentação apresentada restou-se comprovado que os trabalhadores da LOTAXI, em especial nas funções de motorista de cobradores estão expostos a risco acentuado de ruído em veículos com motores dianteiro, fato reconhecido pelo GDF através da Subsecretaria de Saúde e meio ambiente onde foi recomendado que as frotas de ônibus fossem substituídas por veículos com motores traseiro e centrais e sem qualquer comprovação de que a a Lotaxi procurou substituir sua frota a fim de reduzir o impacto a saúde de seus trabalhadores.

A ré não comprovou que tomou medidas a reduzir impacto, embora várias pericias realizadas em inúmeros processos judiciais nessa Especializada de Brasília tramitando a bastante tempo demonstrem a existência do

agente insalubre sem qualquer medida feita pela ré que demonstre a tentativa de atenuar: não há fornecimentos de EPI´s, não há troca da frota de ônibus com substituição de veículos com motores traseiro.

A prova documental extensa trazida pela ré só demonstra alguns exames, não a totalidade, sendo a grande maioria periódicos e admissionais, poucos com evidenciem a evolução histórica de saúde do trabalhador na empresa.

Ao contrário o MPT comprova efetivamente de forma clara com os dados previdenciários, audiometrias realizadas, perícias o prejuízo existente aos trabalhadores, em especial os motoristas, cobradores e demais que transitam nos ônus da Condor com motor dianteiro e em condições precárias de trabalhado, tais como ausência de ar, entrega de EPI´s e outros.

O dano e nexo causal gerado pela Lotaxi resta devidamente comprovada nos autos.

Assim, tendo em vista a prova inequívoca e verossimilhança das alegações e ainda fundado receio de dano irreparável tendo em vista que os veículos com motores dianteiros continuam transitando o que gera de imediado mais risco aos trabalhadores, sem qualquer medida implementada pela ré que atenue ou reduza tais riscos, defiro o pedido de tutela antecipada, ficando assim prejudicado o ED interposto pelo MPT, que desde já consto se trata de decisão antes proferida sujeita a recurso e sem qualquer omissão, obscuridade ou contradição, motivo pela qual nesse momento rejeito os embargos até porque prejudicados em face da tutela concedida." (sentença a fls. 1789/1796)

A mera elaboração de programa que visa a promoção da saúde e da integridade dos trabalhadores, sem o eficaz implemento dos requisitos exigidos pelas normas regulamentares do MTE, não atende o fim social a que se propõe.

Melhor sorte não socorre à recorrente quando alega que as provas apresentadas pelo Ministério Público do Trabalho estão defasadas porque remontam a fatos ocorridos nos anos de 2004/2005 e não serviriam a comprovar fatos atuais.

Embora as provas que originaram a presente ação civil pública sejam anteriores à propositura da ação (e nem poderia ser diferente, pois elas fizeram parte do inquérito civil que, por sua vez, fez surgir a presente ACP), também foram juntados aos autos pelo Distrito Federal, documentos referentes à fiscalização efetuada pelo DFTrans nos anos de 2011/2012(fls. 687/756), os quais demonstram a aplicação de multas por infrações relevantes ao meio ambiente de trabalho e indicam que não houve alteração no quadro fático exposto na exordial.

Assim sendo, os poucos atestados de saúde ocupacional juntados pela recorrente e nos quais os empregados foram considerados "aptos" para o trabalho(fls. 509/584), não são suficientes ao convencimento de que a ré proporciona aos seus empregados, meio ambiente hígido para o trabalho. Isso porque, conforme se verifica das folhas indicadas, grande parte dos atestados juntados não são de empregados da reclamada, mas de empregados de outras empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico (Viação Planalto Ltda e Condor Transportes Urbanos Ltda). Logo, inservíveis ao fim pretendido pela recorrente.

Relativamente à alegação de falta de amparo legal para a exigência de utilização de ônibus com motor dianteiro e câmbio automático, mister ressaltar que tal medida se faz necessária em face da comprovação do alto grau de adoecimento dos empregados em decorrência do labor em ônibus com motor dianteiro que produzem ruídos acima dos limites toleráveis, bem como da obrigação do empregador em prevenir o aparecimento tais moléstias, como amplamente exposto em linhas pretéritas.

Também não merece acolhida a alegação de impossibilidade de cumprimento da sentença relativamente às obrigações de fazer e não fazer em face da alegada paralisação das atividades da empresa a partir de 6.12.2013.

Ora, é público e notório que a empresa recorrente continua em plena atividade, motivo pelo qual a condenação deverá remanescer enquanto tal realidade perdurar.

Logo, não há qualquer ilegalidade na fixação de multa por eventual descumprimento das obrigações impostas à reclamada, uma vez que tal medida tem como intuito garantir a eficácia e o cumprimento das determinações do Juízo e estão relacionados à condenação proveniente de fatos pretéritos e não a ocorrências futuras. Não há fundamento para eximir a recorrente das multas impostas nem mesmo para redução dos valores arbitrados a tal título.

Recurso não provido.

3.3 - DANO MORAL COLETIVO. CONFIGURAÇÃO.

(Tema comum aos recursos da LOTAXI e do DISTRITO FEDERAL)

Insurgem-se a ré- LOTAXI e o DISTRITO FEDERAL, contra a sentença que os condenou, de forma solidária, ao pagamento de indenização decorrente de dano moral coletivo, fixada em R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), para cada um dos réus.

A recorrente LOTAXI, argumenta, em síntese, inocorrência de dano moral causado à coletividade de trabalhadores que pudesse ensejar a condenação em apreço.

O Distrito Federal sustenta que não há demonstração da coletividade do dano, argumentando "que apenas alguns empregados de algumas empresas possuem algum déficit auditivo, o que não quer dizer que tal deficiência tenha relação direta com a má prestação dos serviços pelas permissionárias do serviço de transporte coletivo." (fl.1911)

A indenização pelo dano moral coletivo está prevista na Lei 7.347/85, que em seu art. 1º, dispõe, verbis:

"Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III- a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística;

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014)."

O dano moral coletivo em si mesmo considerado, caracteriza-se sempre que a prática ilícita do empregador atingir a coletividade dos trabalhadores, mediante fraude aos direitos sociais do trabalho, constitucionalmente assegurados, causando prejuízos à coletividade, na medida em que traz a sensação de desapreço aos valores sociais do trabalho.

Desse modo, os danos decorrentes do ato ilícito extrapolam a esfera individual, atentando também contra direitos transindividuais de natureza coletiva, definidos no art. 81, parágrafo único, do CDC, sendo devida a indenização por dano moral coletivo, com função preventivo-pedagógica, a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador.

No caso em apreço, restou sobejamente demonstrado que a empresa ré descumpriu ampla, irrestritamente e de forma recalcitrante, as disposições legais alusivas ao meio ambiente de trabalho, oferecendo ao trabalhador condições que não se coadunam com a legislação aplicável. Dessa forma, produziu considerável contingente de trabalhadores fisicamente mutilados em decorrência de seu descaso e desrespeito ao cumprimento das normas mínimas de proteção à saúde e ao princípio da proteção ao trabalhador.

Ao assim proceder, praticou ato ilícito consubstanciado em verdadeira fraude aos direitos sociais do trabalho, mormente aqueles alusivos à saúde do trabalhador, e, consequentemente, atingiu toda a coletividade de trabalhadores antigos, atuais e futuros. Tal cenário revela-se em dano social de ampla magnitude e enseja a reparação coletiva.

A jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho corrobora o entendimento acerca do cabimento de dano moral coletivo por violação a normas de segurança, saúde e meio ambiente de trabalho:

"RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL COLETIVO.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. NORMAS DE SEGURANÇA DO TRABALHO. Consoante registrou o Tribunal a quo, está comprovado que a ora recorrente incorreu em conduta prejudicial aos seus empregados, ao descumprir as normas referentes à segurança e à medicina do trabalho. Ora, aquele que por ato ilícito causar dano, ainda que exclusivamente moral, fica obrigado a repará-lo. Assim, demonstrado que a recorrente cometeu ato ilícito, causando prejuízos a um certo grupo de trabalhadores e à própria ordem jurídica, não merece reparos a decisão proferida pela instância ordinária que a condenou a indenizar os danos morais coletivos. Recurso de revista conhecido e não provido. (RR - 15500-56.2010.5.17.0132

Data de Julgamento: 12/06/2013, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/06/2013.)

No caso, os danos decorrentes do ato ilícito da reclamada extrapolaram a esfera individual e específica do trabalhador subjetivamente atingido, na medida em que tal conduta direcionou-se ao grupo de trabalhadores que laboram nos ônibus de transporte coletivo da reclamada.

Configurado, portanto, o dano a ensejar a reparação moral coletiva a que foram condenados os reclamados.

Recursos não providos, no tópico.

3.4 -DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

(Tema comum aos recursos da LOTAXI, do DISTRITO FEDERAL e do MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO)

Insurgem-se as partes quanto ao valor fixado a título de indenização pelos danos morais coletivos, no importe de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), para cada um dos réus.

A recorrente LOTAXI aduz que não restou demonstrado parâmetro razoável que justificasse o valor arbitrado, requerendo, em caso de manutenção da condenação, a redução do quantum indenizatório, nos termos do art. 944, Parágrafo Único do Código Civil.

O Distrito Federal, por sua vez, requer que em caso de manutenção da condenação, seja estabelecida a condenação em patamar não superior a R$10.000,00 (dez mil reais).

O Ministério Público do Trabalho argumenta que pela magnitude dos interesses malferidos, o valor fixado a título de indenização revela-se módico frente ao poder econômico da empresa reclamada e à grandeza do ente distrital, porque fixado em R$500.000,00(quinhentos mil reais) para cada um dos réus.

Sustenta que tal valor não traduz o prejuízo moral potencial de que foi alvo toda a coletividade de empregados explorados pela via do descaso ao meio ambiente e à segurança e saúde dos trabalhadores da reclamada e requer a majoração do valor para, respectivamente, R$2.000.000,00 (dois milhões de reais) para a empresa LOTAXI TRANSPORTES URBANOS, e R$10.000.000,00 (dez milhões de reais) para o Distrito Federal, a fim de que surta efeito sancionatório, preventivo e pedagógico mais condizente com a triste realidade retratada nos autos.

No arbitramento de valor de ressarcimento ao dano moral coletivo, deve-se levar em conta a intensidade da culpa ou dolo do transgressor; extensão do prejuízo; capacidade econômica e cultural do responsável; necessidade de ser desestimulada a reiteração da ilicitude.

Nesse contexto, considerando-se o porte empresarial da ré, empresa privada de médio porte, com atuação em todo o Distrito Federal, abrigando em seu quadro de pessoal cerca de 300 trabalhadores; sua política administrativa de violação contumaz dos direitos fundamentais trabalhistas de seus empregados, pela ausência de adoção de medidas preventivas dos riscos no meio ambiente de trabalho e de proteção à saúde do trabalhador e os enormes danos causados à coletividade de trabalhadores e suas respectivas famílias,

considero que o valor fixado na origem se compatibiliza com a gravidade da lesão, mantendo a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Recursos não providos, no particular.

3.5 - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. POSSIBILIDADE. (Recurso Da Reclamada LOTAXI)

Relativamente à tutela antecipada deferida e confirmada pela r. sentença, a reclamada LOTAXI aduz que essa não deve prosperar, porque "suprime o direito da reclamada ao contraditório e ampla defesa, bem como não estão presentes os requisitos legalmente exigidos para o deferimento da medida extrema". (fl.1848)

Equivoca-se a recorrente, porquanto, demonstrados à saciedade os fatos que amparam a pretensão do autor e evidenciada a lesão irreparável ou de difícil reparação suportada pelos empregados da reclamada acaso persista na continuidade da prestação de serviços sem a adoção de medida de saúde e segurança do trabalho, presentes os requisitos do art. 273 do CPC, autorizando a concessão da medida preventiva.

Ademais, a ação cautelar se presta apenas para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, quando constatado o justificado receio de ineficácia do provimento final.

No caso, a tutela antecipada só foi concedida em sentença depois que todos os elementos de prova já haviam sido carreados pelas partes, o que possibilitou uma cognição completa ao Juízo. Tal fato demonstra prudência e critério de razoabilidade do MM. Juiz que a proferiu.

No que diz respeito à imposição de multa diária, existe previsão legal a legitimar a conduta adotada pelo Juízo, preconizada no art. 11 da Lei nº 7.347/85, verbis:

"Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor."

Dentro desse contexto, as multas por descumprimento arbitradas na origem se fazem necessárias à adequação da conduta patronal dentro do prazo fixado na r. sentença, impondo-se a manutenção da medida acautelatória.

Recurso não provido.

3.6 - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

3.6.1 - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO DISTRITO FEDERAL PELAS OBRIGAÇÕES DE FAZER.

A Magistrada de origem indeferiu o pleito de responsabilização solidária do ente público quanto as obrigações de fazer, pelo fato de se tratarem de "obrigações personalíssimas do empregador", e ainda ao entendimento de que o ente pú-

blico não tem competência para intervir no gerenciamento interno da empresa ré.

Insurge-se o Ministério Público do Trabalho contra tal indeferimento, e em vasto arrazoado, busca a reforma do julgado para ver deferida o pleito de responsabilização solidária pelas obrigações de fazer impostas à ré – LOTAXI.

Em que pesem as argumentações recursais do recorrente, é certo que, tratando-se de obrigação de fazer, cujo ato é personalíssimo do empregador, não se afigura possível estender ao ente público tal condenação.

Ademais, no caso concreto, a condenação que originou a cominação de obrigação de fazer, refere-se à implementação de programas de prevenção à saúde do trabalhador no âmbito da empresa reclamada, e como bem disse a Magistrada de origem, "o ente público não tem competência para intervir no gerenciamento interno da empresa ré."

Recurso não provido.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, rejeito a preliminar de não conhecimento e conheço do recurso do Ministério Público do Trabalho. Conheço integralmente do recurso interposto pela LOTAXI e parcialmente do pelo do DISTRITO FEDERAL. No mérito, nego-lhes provimento, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

Acórdão

ACORDAM os Desembargadores da egr. Primeira Turma do egr. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em sessão turmária, à vista do contido na certidão de julgamento (à fl. retro), por unanimidade aprovar o relatório, rejeitar a preliminar de não conhecimento e conhecer do recurso do Ministério Público do Trabalho, bem como conhecer do recurso interposto pela LOTAXI. Por maioria, conhecer parcialmente do apelo do DISTRITO FEDERAL, nos termos propostos pelo Juiz Revisor, vencida, no particular, a Desembargadora Relatora. Quanto ao mérito, por maioria, parcialmente vencido o Juiz Revisor, negar provimento aos recursos, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Ementa aprovada.

MARIA REGINA MACHADO GUIMARÃES
Desembargadora do Trabalho

Processo: 01752-2012-007-10-00-0-RO

Ementa: 1. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO CIVIL. VALOR PROBATÓRIO. Cabe ao Ministério Público a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Para este mister a Constituição Federal confere ao Ministério Público a utilização do inquérito civil como instrumento para obtenção de provas a fim de possibilitar o ajuizamento da medida judicial cabível ou de termo de ajuste de conduta na esfera extraprocessual. Para a efetividade destas atribuições a legislação ordinária outorga-lhe poderes instrutórios autônomos, à exceção daquelas hipóteses dependentes de autorização judicial. Em razão disso, os atos que compõem o inquérito civil gozam de presunção de legitimidade e veracidade, cabendo ao juiz valorar tal prova, pois sua eficácia e validade não constituem regra absoluta, admitindo demonstração em contrário. Todavia, não podem ser questionadas aprioristicamente tão somente por não haver contraditório, sendo restritas as hipóteses de recusa de validade às provas colhidas no inquérito civil conduzido pelo Ministério Público. 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO A DIREITOS COLETIVOS. ENTIDADE BANCÁRIA DE ATUAÇÃO NACIONAL. SISTEMA IRREGU-

LAR DE CONTROLE DE JORNADA DE TRABALHO E DE CONCESSÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA. NORMAS DE SAÚDE PÚBLICA. DESCUMPRIMENTO SISTEMÁTICO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER. A jornada reduzida do empregado bancário remonta aos primórdios do Direito do Trabalho no Brasil, como resultado das lutas da categoria por melhores condições de trabalho para uma atividade desgastante e estressante que sempre demandou elevado nível de concentração e permanência por longos períodos em situações laborais que comprometiam a saúde destes trabalhadores. A evolução tecnológica ora experimentada não amenizou esta rotina, como revelam as milhares de ações de empregados bancários envolvendo casos de LER/DORT. Não por outra razão subsiste de forma robusta a jornada especial de seis horas prevista no artigo 224, caput, da CLT, secundada, excepcionalmente, pela autorização do artigo 225 do mesmo diploma, para a prorrogação máxima de duas horas diárias de trabalho. À vista disso, viola o direito coletivo dos trabalhadores a política empresarial que exige, sistematicamente, não só o trabalho excedente, mas também concede irregularmente o intervalo intrajornada para descanso e alimentação, fazendo letra morta das normas de proteção à saúde e higiene dos trabalhadores. Hipótese em que se justifica a imposição ao réu, de obrigação de não fazer para que se abstenha de prorrogar a jornada além dos limites e fora das condições previstas em lei, e obrigação de fazer para observar a efetiva concessão do intervalo intrajornada. 3. DANOS MORAIS COLETIVOS. CONFIGURAÇÃO. REPARAÇÃO. INDENIZAÇÃO. A adoção de modernos sistemas de informática para fins de controle da jornada de trabalho não é suficiente para afastar a responsabilidade do empregador pela prorrogação sistemática das jornadas de trabalho dos empregados bancários, em desacordo com a legislação, impondo-se a adoção pelos empregadores de outras políticas de gestão eficazes para o cumprimento da legislação laboral. Além de desrespeitar as normas legais pertinentes à saúde e higiene dos trabalhadores, referida prática afronta diretamente os fundamentos da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (CF, art. 1º, III e IV). Agrava-se o ilícito por se tratar de conduta adotada a nível nacional, em inúmeros estabelecimentos do réu, bem como por perpassar o âmbito dos estabelecimentos bancários para refletir nos sistemas públicos de saúde e previdência. Configura-se, pois, o alegado dano moral coletivo, impondo-se o dever de reparação pela via indenizatória.

Relatório

A Exma. Juíza Érica Oliveira Angoti,da MM. 7ª Vara do Trabalho de Brasília, por intermédio da sentença de fls. 910/930, complementada pela decisão de fls. 955/956, proferida em embargos declaratórios, julgou parcialmente procedentes os pedidos apresentados na ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO em face do BANCO SANTANDER BRASIL S.A.

O réu interpõe recurso ordinário às fls. 963/1000.

As custas processuais e o depósito recursal foram recolhidos (fls. 1001/1002).

Contrarrazões pelo Ministério Público do Trabalho às fls. 1009/1011.

Voto

Atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário e das contrarrazões.

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NULIDADE.

O recorrente suscita nulidade por negativa de prestação jurisdicional por não ter o juízo originário apreciado as questões por ele suscitadas nos embargos declaratórios.

Examinada a petição respectiva, em confronto com a sentença proferida, não vislumbro a negativa de prestação jurisdicional, pois o interessado suscitou questões analisadas na decisão e, de qualquer sorte, devolvidas ao exame deste Regional por meio do presente recurso ordinário.

Rejeito a preliminar.

JULGAMENTO EXTRA E ULTRA PEDIDO

Suscita o recorrente nulidade por julgamento extra e ultra pedido, pois o juízo deferiu em sentença pedido não requerido, ao não estabelecer a exceção posta no pedido da letra "c" da petição inicial.

Os vícios alegados, porventura existentes, poderão ser corrigidos após o reexame de mérito da matéria, razão pela qual não há que se falar em nulidade da sentença.

Rejeito a preliminar.

MÉRITO

VALOR DA CAUSA

O recorrente renova a impugnação ao valor da causa, estabelecido pelo autor em R$19.437.500,00, asseverando que o montante de R$10.000.000,00 (dez milhões de reais) posteriormente arbitrado à condenação, foge à razoabilidade, ensejando a vultosa quantia de R$200.000,00 de custas processuais.

Inicialmente, é totalmente despropositada a tese de que uma instituição financeira com lucros que se aproximam e até superam o bilhão de reais tenha dificuldades de acesso ao duplo grau de jurisdição em razão do elevado valor das custas.

O valor definido à causa inclui o pedido de indenização por danos morais coletivos que, uma vez comprovados, resultam em prejuízos de grande monta para os trabalhadores, não justificando o recorrente qualquer discrepância significativa na compreensão do juízo quanto à não comprovação de desproporção entre o conteúdo econômico dos pedidos e os valores a eles atribuídos.

Assim sendo, nego provimento.

ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O recorrente renova a arguição de ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho, em contrariedade ao artigo 127, caput, da Constituição Federal, que expressamente limita a sua atuação na defesa dos interesses sociais e individuais disponíveis, o que não é o caso dos autos. Afirma que a ação envolve direitos individuais homogêneos e disponíveis.

A matéria não demanda maiores discussões, pois encontra remansosa jurisprudência

no sentido da legitimidade do autor, a exemplo do seguinte aresto envolvendo o Banco Santander, ora réu, verbis:

"EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O artigo 129, III, da CF confere legitimidade ao Parquet para tutelar os interesses difusos e coletivos, prevendo, ainda, em seu inciso IX, autorização ao Ministério Público para 'exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade'. O e. Supremo Tribunal Federal já decidiu que os interesses homogêneos são espécie dos interesses coletivos, registrando a máxima Corte que 'Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. (...)Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas'. (RE 163231 / SP - São Paulo, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 29-06-2001). Nesse contexto, correta a e. Turma que reconheceu a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública cujo objeto é que o empregador seja proibido de impedir que seus empregados anotem a real jornada de trabalho. Recurso de embargos conhecido e não provido."(Processo nº RR-173840-98.1998.5.15.0092, Relator Ministro HORÁCIO RAYMUNDO DE SENNA PIRES, DEJT de 9/10/2009)

Ao apreciar o recurso do réu, a Subseção I, Especializada em Dissídios Individuais, expediu a seguinte fundamentação:

A questão é saber se o Ministério Público tem, ou não, legitimidade para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais homogêneos dos trabalhadores, cujo objeto é pedido de que o empregador seja proibido de impedir que seus empregados anotem a real jornada desenvolvida.

O artigo 129, III, da CF confere legitimidade ao Ministério Público para propor ação coletiva quando os interesses em litígio forem difusos e coletivos.

Por sua vez, o próprio artigo 129, em seu inciso IX, autoriza o Ministério Público a "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade".

Ademais, o artigo 6º, VII, "d", da LC-75/93 prevê que o Ministério Público da União pode propor ação civil pública para a "defesa de outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos", além de que o artigo 83, III, da mesma Lei Complementar prevê a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para "promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos".

Vale destacar, ainda, que, para efeitos de legimitidade do Ministério Público, o excelso

STF já decidiu que os interesses homogêneos são espécie dos interesses coletivos, conforme precedente a seguir transcrito:

'EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação". (destaquei) (RE 163231 / SP - SÃO PAULO, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ 29-06-2001)

Por fim, esta e. Subseção tem reconhecido a legitimidade do Parquet para ajuizar ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos"

Deste modo, pelos fundamentos supra exarados, nego provimento.

FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL

Insiste o recorrente em afirmar que o Ministério Público não tem interesse de agir, diante da "falta de interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo a defender".

A matéria acerca da natureza dos direitos tutelados já foi analisada no tema da ilegitimidade, estando configurado o interesse de agir do parquet.

Nego provimento.

LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA

Assegura o recorrente que as provas juntadas aos autos denotam a existência de outras ações movidas pelo recorrido, nas quais postulou, igualmente, as exatas pretensões deduzidas nesta ação.

Reexaminado o conjunto probatório, ratifico a decisão, porquanto foram colacionadas aos autos apenas as petições iniciais dos processos. Com isto mostra-se inviável o exame da coisa julgada.

Tal vício prejudica, também, o exame da litispendência, na medida em que não se sabe se tais ações foram acolhidas ou extintas, prejudicando o necessário confronto para aferição das partes e do objeto (causa de pedir/pedido).

Se apenas com a petição inicial restam prejudicadas as matérias de defesa, que dirá com a simples indicação dos números dos processos para este mister.

Destarte, não reconheço a coisa julgada e a litispendência.

Nego provimento.

PRESCRIÇÃO TOTAL E PARCIAL.

Diz o recorrente que o autor deixou de trazer aos autos elementos que comprovem se os pretensos beneficiários ativos estão abrangidos pelo direito postulado – horas extras intervalo intrajornada – ou se os empregados desligados já estão nesta condição há menos de dois anos, razão pela qual requer a aplicação da prescrição das parcelas anteriores a 10/10/2007.

Os pedidos são de obrigação de fazer (conceder o intervalo intrajornada previsto em lei) e de não-fazer (não prorrogar a jornada além do limite legal), não alcançáveis pela prescrição parcial.

Nego provimento.

MÉRITO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESRESPEITO ÀS NORMAS DO TRABALHO RELATIVAS À EXTRAPOLAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO E AO INTERVALO INTRAJORNADA. DIREITOS DIFUSOS OU COLETIVOS.

O Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública, subsidiada por inquérito civil, em desfavor do Banco Santander em razão do descumprimento de Termo de Ajuste de Conduta firmado nos autos do Inquérito Civil nº 244/2000, por meio do qual o demandado se obrigou a manter a correção do seu sistema de ponto para registro da jornada de trabalho dos seus empregados. No entanto, em suas diversas regionais, a Procuradoria do Trabalho constatou a imprestabilidade dos controles adotados pelo réu, seja pela modificação ilícita dos dados registrados, seja pela coação dos trabalhadores de modo a impedir o registro real das jornadas, somando-se a isso a prorrogação sistemática das jornadas de trabalho além das duas horas diárias autorizadas em lei e a concessão irregular dos intervalos intrajornadas.

Comprovadas as alegações do autor, o juízo condenou o recorrente às obrigações de fazer e não fazer requeridas, bem como a pagar indenização a título de danos morais no importe de R$10.000.000,00 (dez milhões de reais).

Em longo arrazoado, insurge-se o recorrente ratificando os termos da defesa, perpassando pela da impropriedade da ação coletiva para este mister, pelas violações aos princípios da ampla defesa e do contraditório e da validade das provas colhidas em inquérito civil, a fragilidade das provas do descumprimento, em especial da prova documental, concluindo, nesta apertada síntese, pela validade dos sistemas de controle de ponto. Requer a reforma da decisão.

Consoante as atribuições constitucionais, cabe ao Ministério Público a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Para este mister, a Constituição Federal confere ao Ministério Público a utilização do inquérito civil como instrumento de colheita de provas a fim de possibilitar o ajuizamento da medida judicial pertinente ou a celebração de termo de ajuste de conduta na esfera extraprocessual. Para tanto, outorga-lhe poderes instrutórios (expedir notificações, requisitar informações, documentos e diligências investigatórias) conforme previsto no art. 129, incisos III, VI e VIII, da Carta da República, além daqueles especificados na Lei 8.625/93 (LONMP) e Lei Complementar 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União).

Para a efetividade destes poderes, pode o Ministério Público notificar pessoas para prestarem depoimentos, realizar diligências, inspeções, vistorias, ordenar perícias, requisitar informações, documentos e certidões, excetuados os casos dependentes de autorização judicial.

Em razão disso, os atos que compõem o inquérito civil gozam de presunção de legitimidade e veracidade, cabendo ao juiz valorar tal prova, pois sua eficácia e validade não constituem regra absoluta, admitindo demonstração em contrário. Todavia, não podem ser questionadas aprioristicamente tão somente por não haver contraditório. Ainda, assim, a recusa de validade às provas colhidas no inquérito é restrita.

Bem esclarecem a questão os seguintes arestos:

"PROCESSO CIVIL AÇÃO CIVIL DE REPARAÇÃO DE DANOS – INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. NATUREZA INQUISITIVA. VALOR PROBATÓRIO. 1. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a opinio actio do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva. 2. "As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório" (Recurso Especial n. 476.660-MG, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4.8.2003). 3. As provas colhidas

no inquérito civil, uma vez que instruem a peça vestibular, incorporam-se ao processo, devendo ser analisadas e devidamente valoradas pelo julgador. 4. Recurso especial conhecido e provido."(REsp 644994/MG, 2a. Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17/02/2005, DJU 21.03.2005, p. 336).

"PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INQUÉRITO CIVIL. VALOR PROBATÓRIO. 1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública.2. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório.3. A prova colhida inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las, observando as regras processuais pertinentes à distribuição do ônus da prova.4. Recurso especial provido.(849841 MG 2006/0100308-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 28/08/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 11/09/2007 p. 216)

Resulta, portanto, que a prova inquisitória não pode ser elidida por mera negativa, caracterizando-se como prova de "contraprova de hierarquia superior" aquela colhida sob o contraditório, cabendo, em última análise, ao juiz sopesar as provas ao amparo do sistema do livre convencimento motivado. Por fim, é ônus do réu realizar a contraprova.

No caso, foi oportunizado ao réu manifestar-se sobre tudo quanto constou dos autos e produzir prova em sentido contrário, restando preservadas as garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Quanto aos renovados argumentos em torno da impossibilidade de o autor tutelar direitos individuais homogêneos, a questão está superada, pois já analisada no tópico relativo à ilegitimidade.

Após a longa descrição dos argumentos do autor e do réu em defesa de suas teses, a sentença assim resume:

"Apesar da vasta narrativa da defesa, é bem de ver-se que os principais pedidos feitos pelo autor são: 1) a abstenção do réu no sentido de prorrogar a jornada de seus empregados, além das duas horas previstas no artigo 225 da CLT e 2) a determinação para que o réu respeite o intervalo intrajornada previsto no artigo 71 da CLT, sendo os pedidos de multa e indenização por dano moral coletivo mera decorrência do descumprimento de tais obrigações. Assim, a higidez do sistema de registro de ponto não é o que está no cerne da discussão e o exame da questão será feito considerando os dois pleitos principais."

De fato, não cabe ao Judiciário discutir a eficiência ou adequação do sistema de controle de jornada de trabalho, papel atribuído à fiscalização do trabalho, emissora dos inúmeros Autos de Infração juntados aos autos, lavrados com base no exame dos espelhos de ponto extraídos desse sistema.

Não se questionam as alegações do recorrente "de que está sempre acompanhando o seu sistema de controle de jornada de trabalho e investindo recursos para a sua atualização e aperfeiçoamento", o que, segundo ele, vem sendo feito desde 2005 e, mais recentemente, em 2011, com a implantação de nova ferramenta que integrou o Sistema Eletrônico de Controle de Ponto aos demais sistemas da

empresa, cuja funcionalidade seria bloquear a estação de trabalho do funcionário antes e depois da jornada de trabalho diária (fls. 985).

No entanto, apesar dos alegados procedimentos, ressai da prova produzida a subsistência das práticas gerenciais que violam os direitos dos trabalhadores.

Ao analisar a prova, o juízo de origem assim sintetizou:

"A testemunha ouvida no presente feito confirmou a higidez do sistema de registro de jornada adotado pelo réu, mas, como bem ponderou o parquet e é o que tem se visto em inúmeras audiências de instrução nos quais o demandado figura no polo passivo, muitas delas presididas por esta magistrada, não raro existe a burla ao sistema de registro de jornada, com a marcação do horário de saída e a continuação da execução das atividades pelo empregado. É esta prática, além do desrespeito ao limite máximo da sobrejornada e do intervalo, que vem sendo atestada pelos Autos-de-Infração que, como atos administrativos que são, revestem-se de presunção de legitimidade. Legitimidade esta que o vindicado não foi capaz de afastar.

Isso porque as defesas apresentadas em seara administrativa, relativas a tais Autos-de-Infração, são incapazes de socorrer o réu, pois, como já se disse, não passam de alegações dele mesmo, sem qualquer comprovação e, como proclama o adágio, "louvor em boca própria é vitupério".

Veja-se que o demandado, estrategicamente, deixou de juntar as decisões proferidas sobre o mérito dos Autos de Infração, essas sim capazes de servir de prova idônea perante o Juízo. E não o fez certamente porque tais decisões não lhe são favoráveis, conclusão corroborada pela juntada de peças de recurso administrativo. Ora, se o réu precisou recorrer na seara administrativa, é porque as decisões acerca dos Autos não respaldaram as suas teses.

O réu se apega ao fato de os Autos de Infração serem antigos, mas não foi capaz de trazer uma só decisão administrativa prolatada em seu favor, ou seja, que rechace a alegação do parquet e dos Auditores-Fiscais no sentido de que o demandado mantém os empregados trabalhando além da jornada máxima legalmente permitida ou que permita o gozo integral do intervalo intrajornada.

Por mais que o réu se esforçasse por comprovar que respeita a jornada máxima legal e o intervalo intrajornada, a prova dos autos apontou noutro sentido."

De fato, reexaminada a percuciente análise probatória feita pelo juízo de origem, constata-se nos inúmeros autos de infração, expressamente indicados na sentença o descumprimento das normas legais, dentre aqueles colacionados às fls. 146/284 e 348/437, atinentes aos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, "além de outros como Santa Catarina, por exemplo, nos quais se constata a marcação irregular da jornada (fls. 146, 148, 158, 173, 181, 184, 220, 253), a prorrogação da jornada além dos limites legais (fls. 147, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157,163, 164, 174, 175, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 202, 203, 206, 210, 224, 225, 255, 256, 257, 265,271, 276, 348, 351/354, 380, 381, 387, 390, 395, 404, 410, 412, 421, 434, 437) e a concessão irregular do intervalo

intrajornada (fls. 150, 159, 160, 162, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 178, 179, 180, 201, 203, 205, 207, 209, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 259, 262, 268, 283, 284, 351/354, 382, 385, 392, 403, 406, 408, 414, 431)".

Os autos de infração juntados aos autos contemplam, majoritariamente, o período compreendido entre os anos de 2008 a 2012.

A título de exemplo e por amostragem, somente às fls. 201/257, constam 23 (vinte e três) autos de infração relativos ao ano de 2009, os de fls. 283/286, relativo ao ano de 2012, todos emitidos com fundamento na prorrogação de jornada e não concessão do intervalo de forma irregular.

De igual modo, várias decisões judiciais juntadas aos autos transcrevem depoimentos de reclamantes e suas testemunhas desqualificando o sistema de controle de ponto, mesmo após o alegado aperfeiçoamento a partir de 2005, justificando as condenações impostas ao réu com fundamento nas hipóteses descritas.

Diante do resultado desta análise, é fácil concluir que o sistema de ponto não é capaz, por si só, de garantir a higidez da jornada de trabalho fixada em lei para os empregados bancários.

É necessária uma política empresarial diversa da adotada, qual seja, a extrapolação rotineira da jornada de trabalho, ilegalidade mascarada pela compensação registrada nos cartões de ponto. Cabe ao empregador qualificar seus quadros gerenciais para a adoção de técnicas de gestão que impossibilitem ou desestimulem os empregados à prorrogação habitual da jornada, em complemento ao sistema de controle de ponto que, como se sabe, é alimentado apenas pela racionalidade de máquina ou numa linguagem mais moderna, uma racionalidade de software.

Consoante o artigo 224, caput e parágrafo primeiro da CLT, a duração normal do trabalho dos bancários é de seis horas, com quinze minutos de intervalo.

O artigo 225 do referido diploma legal autoriza, excepcionalmente, a prorrogação de mais duas horas, totalizando oito horas diárias.

Em rápida incursão histórica constata-se que a jornada especial dos bancários remonta à década de 30, do século passado, fruto das primeiras conquistas da categoria recém-divorciada da categoria dos comerciários, envolvendo melhorias salariais e condições sanitárias da época. Ao que consta, atingida por surtos de tuberculose que, como se sabe, contagiosa.

A redução impunha-se, também, em razão do desgaste físico e mental provocado pelo exercício cotidiano de recebimentos e pagamentos de valores de terceiros, fato desgastante pelo elevado nível de concentração exigido, assim como pela permanência por longos períodos na posição sentada, com sérios riscos à saúde física e mental dos trabalhadores desta categoria.

Tais condições, se amenizadas pelo avanço tecnológico, por outro lado, foram agravadas por outros níveis de exigências, inclusive vinculadas a estas novas tecnologias.

Deste modo, conforme concluiu o juízo originário "não há qualquer justificativa que autorize a eternização da extrapolação da jornada ou a redução do intervalo intrajornada, sendo certo que, a perdurar tal situação, é lógica a conclusão pelo abalo na higidez física e mental dos trabalhadores". Não se pode deixar de mencionar os milhares de processos nesta Justiça Especializada envolvendo trabalhadores bancários acometidos de LER/DORT.

Por tais razões, pertinente a motivação posta na sentença, verbis:

"Não se afigura minimamente razoável admitir que os ilícitos trabalhistas, insculpidos nos relatórios dos Autos-de-Infração, protraiam-se no tempo até que cada um dos trabalhadores prejudicados proponha ação individual, reclamando seus direitos.

Por isso mesmo, a tese de que os ilícitos trabalhistas consubstanciados na prática de se extrapolar a jornada limite permitida pela lei e de subtrair o intervalo intrajornada legal somente poderiam ser confirmados via dissídios individuais é de causar espécie, denotando o seu viés retrógrado, pois é consabido que a tutela individual presta-se para as reparações in concreto, mas é inócua para impedir a perpetuação dos ilícitos que atingem a coletividade dos empregados do vindicado."

Ao exigir, como regra empresarial, a extrapolação cotidiana da jornada de trabalho dos bancários, situação agravada pelo desrespeito ao intervalo para descanso e alimentação previsto em lei como norma de saúde e higiene do trabalhador, o réu desrespeita o fundamento maior da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), ao impor a uma gama considerável de empregados condições prejudiciais de trabalho.

Desrespeita, também outro fundamento basilar da República, o valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV), prejudicando com sua conduta não só o sistema produtivo, mas outros a ele relacionados, como o sistema de saúde e o sistema previdenciário.

Outrossim, não se pode admitir que tais violações sejam mitigadas pela simples remuneração do trabalho extraordinário prestado ou pela eventual compensação em outro dia.

Assim examinado, mantenho a sentença recorrida e sua cominações em caso de descumprimento.

Prejudicadas as questões reflexas relacionadas no item VI, letras "b" e "c" do recurso.

Tratando-se a condenação em valor pecuniário, não há que se falar em liquidação por artigos, tampouco em compensação, diante do caráter indenizatório da parcela.

Recurso desprovido.

DANO MORAL. REPARAÇÃO. VALOR INDENIZATÓRIO.

O recorrente requer, acaso mantida a condenação, a redução do valor arbitrado, alegando desrespeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A reparação por dano moral, seja individual ou coletiva, tem por escopo a) a compensação do dano sofrido pela vítima ou pelo grupo ou comunidade, b) a atribuição de uma sanção ao agente e c) a prevenção à reiteração de atos que atinjam bens essenciais e inerentes ao indivíduo, ao grupo social ou a sujeitos indeterminados.

Concretizada pela imputação de indenização monetária, a grande dificuldade para o julgador está em definir parâmetros que levem a uma indenização justa, sem perder de vista que a moralidade não tem preço, inexistindo valor em espécie capaz de reparar ofensas à dignidade da pessoa humana ou aos indivíduos coletivamente considerados. Não é outra a razão pela qual a indenização por danos morais tem suporte na concepção de que o pagamento não é reparatório, mas busca minorar os efeitos destrutivos da conduta imprópria do agente lesante.

Neste mister a legislação infraconstitucional é omissa, pois não define critérios objetivos para a fixação de um patamar mínimo e máximo na mensuração do dano moral.

A doutrina aponta diretrizes para a fixação do quantum indenizatório, dentre elas: a)a extensão do dano; b) o porte econômico do agente; c) o porte econômico da vítima; d) o grau de reprovabilidade da conduta; e e) o grau de culpabilidade do agente.

A oscilação inicial da jurisprudência trabalhista, ora arbitrando valores irrisórios, ora estipulando valores elevados, estabilizou-se, predominando hoje, data venia, montantes que, no entendimento deste Relator, não reparam os danos e, muitas vezes, sequer atendem o pressuposto pedagógico da indenização.

Ao contrário dos países dito "desenvolvidos", em que a fixação de altos valores monetários contribuiu para a efetividade do respeito aos direitos da personalidade do homem, satisfazendo a dupla função da indenização – atingir o patrimônio do ofensor e demonstrar a este e à sociedade que o desrespeito a estes direitos será duramente repelido, a fixação de valores mais modestos tem como base evitar o "enriquecimento ilícito", predominando no Judiciário brasileiro esta segunda corrente.

Além de observados os parâmetros que auxiliam a definição da indenização - extensão do dano, o porte econômico do agente e da vítima, os graus de reprovabilidade da conduta e de culpabilidade do agente -, a discricionariedade do julgador deve pautar-se, também, pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação dos valores indenizatórios.

Neste mister, não tem aplicação o princípio da vedação do enriquecimento ilícito, pois a indenização preconizada na Constituição Federal e, em especial, no artigo 927 da Código Civil, tem por pressuposto inarredável a caracterização de ato ilícito.

Logo, não se pode concluir que a indenização fixada em valor vultoso possa caracterizar enriquecimento ilícito, pois este somente ocorre quando não há justa causa ou a justa causa que o justificava deixou de existir.

Nas indenizações por danos morais o ato ilícito praticado por terceiro é a causa que justifica a indenização. Se assim ocorre, é incongruente dizer que há enriquecimento contra a lei (ilícito), se é esta que o justifica.

Na mesma linha de raciocínio, no âmbito individual, há que se atentar, também,

para a fragilidade da adoção da remuneração do empregado para a fixação dos valores indenizatórios, pois, regra geral, é flagrante o descompasso entre o porte econômico do empregador e do empregado, além da possibilidade de propiciar indenizações díspares para situações idênticas.

Na esfera coletiva, dois fatores são primordiais à fixação da indenização: a) o porte econômico do agente e b) a e extensão do dano, assim considerada a abrangência sobre determinado grupo de trabalhadores, no caso da Justiça de Trabalho, e a territorialidade alcançada pela prática do ofensor.

Discorre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR sobre a problemática do arbitramento:

"O juiz, em cujas mãos o sistema jurídico brasileiro deposita a responsabilidade pela fixação do valor da reparação do dano moral, deverá fazê-lo de modo impositivo, levando em conta o binômio "possibilidades do lesante" - "condições do lesado"; cotejado sempre com as particularidades circunstanciais do fato danoso, tudo com o objetivo de alcançar: a) um "valor adequado ao lesado, pelo vexame, ou pelo constrangimento experimentado"; b) uma "compensação" razoável e equitativa não para "apagar os efeitos da lesão, mas para reparar os danos" (...), "sendo certo que não se deve cogitar de mensuração do sofrimento, ou da prova da dor, exatamente porque esses sentimentos estão ínsitos no espírito humano'. Dentro desta ótica, não se deve impor uma indenização que ultrapasse, evidentemente, a capacidade econômica do agente, levando-o à ruína. Se a função da reparação do dano moral é o restabelecimento do "equilíbrio nas relações privadas", a meta não seria alcançada, quando a reparação desse consolo espiritual à vítima fosse à custa da desgraça imposta ao agente. Não se pode, como preconiza a sabedoria popular "vestir um santo desvestindo outro". Da mesma maneira, não se pode arbitrar a indenização sem um juízo ético de valoração da gravidade do dano, a ser feito dentro do quadro circunstancial do fato e, principalmente, das condições da vítima. O valor da reparação terá de ser "equilibrado", por meio da prudência do juiz. Não se deve arbitrar uma indenização pífia nem exorbitante diante da expressão ética do interesse em jogo, tampouco se pode ignorar a situação econômico social de quem vai receber a reparação, pois jamais se deverá transformar a sanção civil em fonte pura e simples de enriquecimento sem causa". (in "Dano Moral", 2ª Edição, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 1999, páginas 47/48).

Em síntese, o julgador, utilizando-se da razoabilidade, deve considerar parâmetros como a gravidade do dano causado pelo empregador, pelos seus prepostos ou pelas suas normas e diretrizes e a dimensão do dano à sociedade, bem como a capacidade econômica do empreendimento, para que se estabeleça um parâmetro razoável à indenização, de modo que esta sirva efetivamente de compensação aos lesados e de desestímulo ao agente causador do dano.

A par destes critérios, considerado o dano coletivo e a sua extensão, que a meu ver perpassa a categoria para afetar os sistemas de saúde e previdenciário do país, assim como a atuação a nível nacio-

nal do réu e, ainda, considerando a condição econômica da instituição financeira, cujos lucros se aproximam, quando não ultrapassam, a casa do bilhão de reais/ano, julgo bastante razoável o valor de R$10.000.000,00 fixados à indenização.

Nego provimento.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

Fixados os juros e a correção monetária na forma da Súmula 200 do TST, o réu requer sejam fixados a partir do último arbitramento, conforme a Súmula 439 do TST.

Direcionada especificamente para os casos de atualização monetária e juros de mora nas condenações por danos morais, referida súmula diz que "a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor e que os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT."

Assim sendo, a liquidação deverá observar os parâmetros supra.

Recurso parcialmente provido.

ABRANGÊNCIA DA DECISÃO. OJ 130-SBDI-II/TST.

Definida a abrangência nacional dos efeitos desta decisão, o recorrente requer a limitação aos contornos territoriais do juízo prolator da decisão.

Nos termos da OJ 130 da SBDI-II do C. TST, item III, "em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a Ação Civil Pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho."

Deste modo, nego provimento.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, conheço do recurso ordinário e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para determinar a observação da súmula 439 do C. TST por ocasião da liquidação, nos termos da fundamentação precedente.

Acórdão

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, em Sessão Ordinária, à vista do contido na certidão de julgamento, aprovar o relatório, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para determinar a observação da súmula 439 do C. TST por ocasião da liquidação, nos termos do voto do Desembargador Relator. Ementa aprovada.

Brasília/DF, 04 de junho de 2014 (data de julgamento).

DORIVAL BORGES
Desembargador do Trabalho

Processo: 00053-2014-002-10-00-2-RO

Ementa: RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTOS DE FGTS. A ausência contumaz de recolhimentos de FGTS é fator suficiente para a rescisão indireta do contrato de trabalho, por se tratar de uma obrigação trabalhista básica, a ser cumprida pelo empregador. Muito embora seja ônus da reclamante a demonstração de inexistência de depósitos de FGTS, no caso, a defesa da reclamada é suficiente para comprovar a irregularidade no recolhimento da parcela.

Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido.

Relatório

O juiz Raul Gualberto Fernandes Kasper de Amorim da MM. 2ª Vara do Trabalho de Brasília (DF), em sentença proferida às 150/156, julgou procedentes em parte os pedidos formulados na inicial, condenando a primeira reclamada ao pagamento das parcelas ali descritas e deferindo à reclamante os benefícios da justiça gratuita.

A reclamante interpôs recurso ordinário (fls. 157/159). Requer a reforma da sentença para que seja reconhecida a rescisão indireta do contrato de trabalho nos termos da inicial.

Contrarrazões pela reclamada às fls. 164/175. Pede o desprovimento do recurso.

Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho na forma do art. 102 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

Voto

ADMISSIBILIDADE

No caso, o reclamante estava ciente da sentença publicada em 28/3/2014 (6ª feira). Entretanto, o prazo ficou suspenso no período de 31/3/2014 (2ª feira) a 4/4/2014 (6ª feira), em razão da PORTARIA PRE/SGJUD nº 2, de 25/3/2014 deste Egrégio TRT/10ª Região.

Dessa forma, o recurso da reclamante, interposto em 8/4/2014 (3ª feira), é tempestivo, estando, ainda, assinado por advogado com procuração nos autos.

Contudo, não conheço do recurso ordinário quanto ao pedido de férias vencidas de 2011/2012, porque não foram sequer postuladas na inicial. Dele não conheço, ainda, quanto ao 13º salário/2013, porque deferido na sentença, não havendo, assim, interesse recursal da parte.

As contrarrazões estão intempestivas, pois a reclamada foi intimada em 13/5/2014 (3ª feira), mas protocolizou a petição de fls. 164/175 em 23/5/2014 (6ª feira), ou seja, além do prazo legal de oito dias.

Assim, conheço parcialmente do recurso ordinário, dele não conhecendo quanto aos pedidos de férias vencidas de 2011/2012 e de 13º salário/2013. No mais, não conheço das contrarrazões.

MODALIDADE DE RUPTURA CONTRATUAL. RESCISÃO INDIRETA. VERBAS RESCISÓRIAS. AVISO PRÉVIO E CONSECTÁRIOS.

Na inicial, alegou a reclamante que foi admitida pela reclamada em 15/12/2012, tendo prestado serviços durante todo o contrato de trabalho. Afirmou que a reclamada não efetuou os recolhimentos de FGTS, o que, inclusive, foi objeto de Termo de Ajustamento de Conduta perante o MPT. Diz ter sofrido prejuízo, pois não conseguiu adquirir imóvel do projeto governamental "Minha Casa Minha Vida", em razão da ausência desses depósitos. Pediu, assim, a rescisão indireta do contrato de trabalho.

Na defesa, a reclamada contestou o pedido, dizendo que o depósito do FGTS está sendo regularizado e, ainda, sustentando que a reclamante tinha intenção de romper o vínculo de emprego.

Ainda quanto ao FGTS, a reclamada alegou que, diante de inúmeras ações trabalhistas, os valores quitados aos seus empregados, via judicial, não são considerados pagamentos de FGTS, ocasionando a impossibilidade de emissão de guias coletivas. Disse, ainda, está buscando regularizar o pagamento do FGTS de seus empregados.

Em sentença, o juiz indeferiu o pedido de rescisão indireta, ao fundamento de que a reclamante não trouxe o extrato da sua conta, não tendo sequer declinado o período de ausência dos recolhimentos de FGTS. Negou, ainda, o pedido da reclamada de declarar a rescisão contratual por abandono de emprego.

Contra essa decisão, recorre a reclamante, renovando o pedido de reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho.

A rescisão indireta do contrato de trabalho requer o cometimento de falta grave pelo empregador de modo a tornar inviável a continuidade da prestação dos serviços, observadas as situações descritas no art. 483, da CLT.

Considero que a ausência contumaz de recolhimentos de FGTS é fator suficiente para a rescisão indireta do contrato de trabalho, por se tratar de uma obrigação trabalhista básica, a ser cumprida pelo empregador.

Muito embora seja ônus da reclamante a demonstração de inexistência de depósitos de FGTS, no caso, a defesa da reclamada é suficiente para comprovar a irregularidade no recolhimento da parcela.

A própria reclamada confirmou a inexistência de depósitos de FGTS, durante o contrato de trabalho, ao informar da tentativa de regularização do pagamento do FGTS. Portanto, a alegação da inicial, em que se baseia o pedido de rescisão indireta, está comprovada.

Ressalto, ainda, que as dificuldades relatadas na defesa para a regularização do FGTS não eximem a reclamada do cumprimento dessa obrigação trabalhista.

Da mesma forma, não há falta de imediatidade da empregada, pois a ausência de depósitos do FGTS configurou um ato continuado, em agravamento constante durante o contrato de trabalho, capaz de tornar a situação incompatível com a permanência do vínculo de emprego.

E porque descumprida a obrigação quanto ao FGTS, que torna inviável a manutenção da relação empregatícia, a conduta da reclamada se enquadra no art. 483, "d", da CLT, o que autoriza a ruptura do contrato de trabalho por culpa do empregador.

Quanto à data da rescisão indireta, não há, nos autos, até o momento, qualquer informação de ruptura do contrato de trabalho.

Dessa forma, considero a data de publicação deste acórdão como sendo o termo final do contrato de trabalho, cuja rescisão indireta é acolhida.

Defiro à reclamante, por conseguinte, as seguintes parcelas: aviso prévio de 36 dias (Lei 12.506/2011), saldo de salário, 13º salário/2014 proporcional, férias de 2012/2013 e férias proporcionais de 2014, acrescidas de 1/3, FGTS do pacto, acrescido da multa de 40%, a serem apuradas, tendo, como termo final, a data de publicação deste acórdão.

Portanto, dou parcial provimento ao recurso ordinário da reclamante para acolher a rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do art. 483, alínea "d" da CLT, na data da publicação deste acórdão, e, por conseguinte, defiro 36 dias de aviso prévio, bem como saldo de salário, 13º salário/2014 proporcional, férias vencidas de 2012/2013, férias proporcionais de 2014, acrescidas de 1/3, e FGTS do pacto, acrescido da multa de 40%, a serem apuradas em liquidação. Deverá a reclamada, ainda, proceder à baixa na CTPS da autora, observada a data da publicação deste acórdão.

Incidem recolhimentos previdenciários sobre o saldo de salário e 13º salário/2014. No

mais, ficam mantidos os demais parâmetros de liquidação estabelecidos na sentença.

Elevo o valor da condenação para R$ 8.000,00, sendo devidas custas de R$ 160,00 pela reclamada.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço parcialmente do recurso da reclamante, não conheço das contrarrazões da reclamada, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento para acolher a rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do art. 483, alínea "d" da CLT, na data data da publicação deste acórdão e, por consequência, deferir 36 dias de aviso prévio, bem como saldo de salário, 13º salário/2014 proporcional, férias vencidas de 2012/2013, férias proporcionais de 2014, acrescidas de 1/3, FGTS do pacto acrescido da multa de 40%, a serem apuradas em liquidação. Deverá a reclamada, ainda, proceder à baixa na CTPS da autora, observada a data da publicação deste acórdão. Incidem recolhimentos previdenciários sobre o saldo de salário e 13º salário/2014. No mais, ficam mantidos os demais parâmetros de liquidação estabelecidos na sentença. Elevo o valor da condenação para R$ 8.000,00, sendo devidas custas de R$ 160,00 pela reclamada.

Acórdão

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme o contido na respectiva certidão de julgamento, em: aprovar o relatório, conhecer parcialmente do recurso ordinário da reclamante, não conhecer das contrarrazões da reclamada, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento para acolher a rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do art. 483, alínea "d" da CLT, na data data da publicação deste acórdão e, por consequência, deferir 36 dias de aviso prévio, bem como saldo de salário, 13º salário/2014 proporcional, férias vencidas de 2012/2013, férias proporcionais de 2014, acrescidas de 1/3, FGTS do pacto e multa de 40%, a serem apuradas em liquidação. Deverá a reclamada, ainda, proceder à baixa na CTPS da autora, observada a data da publicação deste acórdão. Incidem recolhimentos previdenciários sobre o saldo de salário e 13º salário/2014. No mais, ficam mantidos os demais parâmetros de liquidação estabelecidos na sentença. Valor da condenação elevado para R$ 8.000,00, sendo devidas custas de R$ 160,00 pela reclamada, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Ementa aprovada. Ressalvas dos Desembargadores Alexandre Nery de Oliveira e João Amílcar.

Brasília (DF), sala de sessões, 21 de Agosto de 2014.

ELKE DORIS JUST
Desembargadora do Trabalho

Processo: 00428-2014-013-10-00-8-RO

Ementa: 1. AVISO PRÉVIO. LEI 12.506/2011. ARTIGO 488 DA CLT. Mesmo após a edição da Lei 12.506/2011, continua em pleno vigor a regra do artigo 488 da CLT, tanto quanto a redução das duas horas diárias, quanto a redução de sete dias durante o período do aviso prévio. Logo, impertinente a pretensão obreira de ver a redução legal de sete dias incidente apenas nos primeiros trinta dias do aviso prévio, com a indenização dos demais dias adicionados por força da Lei 12.506/2011.

2. Recurso ordinário conhecido e desprovido.

Relatório

A Exma. Juíza da MM. 13ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, Dra. Ana Beatriz do Amaral Cid Ornelas, julgou improcedentes os pedidos exordiais, para absolver a reclamada do pagamento de indenização de aviso prévio e multa do artigo 477 da CLT, conforme fundamentos a fls. 57/59.

O reclamante interpõe recurso ordinário (a fls. 61/66), almejando a reforma da sentença.

Foram apresentadas contrarrazões, a fls. 70/72.

Manifestação do Ministério Público do Trabalho, na forma da certidão de julgamento.

É o relatório.

Voto

1. ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário.

2. MÉRITO

Investe o reclamante contra a sentença que indeferiu os pedidos de pagamento de indenização de nove dias de aviso prévio trabalhados indevidamente e a multa do artigo 477 da CLT. Para tanto, reitera o obreiro a tese de que, faz jus ao aviso prévio de 39 dias, tendo em conta o tempo de duração do contrato de trabalho. Assim sendo, 30 (trinta) dias do aviso prévio serão trabalhados e o restante deverá ser indenizado. Sendo que a reclamada concedeu o aviso prévio de 39 (trinta e nove) dias, mas apenas aplicou a redução de 7 (sete) dias do aviso prévio.

Diz na petição inicial que "Nos termos da Lei 12.506/2011 o reclamante faria jus a um aviso prévio de 39 dias, sendo que deles 30 dias seriam cumpridos, com redução de 7 dias e os outros 9 seriam indenizados." (a fls. 04).

Quanto a multa do artigo 477 da CLT, afirma que as verbas rescisórias foram quitadas intempestivamente, tendo em conta a aplicação equivocada da Lei 12.506/2011.

O MM. Juízo de origem decidiu a questão sob os seguintes fundamentos (a fls. 57/58):

"AVISO PRÉVIO. LEI Nº 12.506/11

Relata o Autor que foi admitido pela Reclamada, em 21/02/2011, para exercer a função de analista de apoio à gestão, sendo dispensado, sem justa causa, na data de 17/03/2014. Sustenta que recebeu o aviso prévio, em 06/02/2014, com a data de saída projetada para o dia 07/03/2014, nos termos da Lei nº 12.506/11.

O Reclamante aduz, porém, que laborou durante 32 dias do aviso prévio, tendo redução de apenas 7 dias. Postula, então, o pagamento de 9 dias de aviso prévio trabalhados indevidamente.

Em defesa, a Reclamada argumenta que a Lei 12.506/11 apenas institui o acréscimo de três dias para cada ano trabalhado na mesma empresa, não tendo alterado os artigos 487 e 488 da CLT.

Dispõe o artigo 488 da CLT que:

"Art. 488. O horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador será reduzido de duas horas diárias sem prejuízo do salário integral.

Parágrafo único. É facultado ao empregado trabalhar sem redução das 2 (duas) horas diárias previstas neste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço sem prejuízo do salário integral, por (um) dia, na hipótese do inciso I, e por 7 (sete) dias corridos na hipótese do inciso II, do Art. 487 desta Consolidação".

A Lei nº 12.506/11 em nada alterou a aplicabilidade do dispositivo supra, porquanto nenhum critério de proporcionalidade foi expressamente regulado pelo legislador. Desse modo, tem-se que continua em vigência tanto a redução de duas horas diárias quanto a redução de sete dias durante o período do aviso prévio.

Assim, a Reclamada observou corretamente o regramento atinente à concessão do aviso prévio e à redução de jornada no respectivo período, não havendo falar em pagamento de indenização. Indefere-se.

2. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT

Indefere-se o pedido de pagamento da multa prevista no artigo 477 da CLT, porquanto a Reclamada efetuou o pagamento das verbas rescisórias no prazo legal."

Por considerar bem apreciada a controvérsia, mantenho a sentença por seus próprios fundamentos.

Assim sendo, mantida a sentença que decretou a improcedência dos pedidos exordiais, não há que se falar em honorários assistenciais.

CONCLUSÃO

Pelo o exposto, conheço do recurso ordinário e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos, a teor do art. 895, IV, da CLT, tudo nos termos da fundamentação.

É o voto.

Acórdão

ACORDAM os integrantes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10.ª Região, conforme certidão de julgamento a fls. retro, aprovar o relatório, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos, a teor do art. 895, IV, da CLT, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Brasília (DF), 25 de junho de 2014(data do julgamento).

BRASILINO SANTOS RAMOS
Desembargador do Trabalho

Processo: 00925-2013-020-10-00-3-RO

Ementa: CONTRATO DE PARCERIA RURAL X CONTRATO DE EMPREGO.

A Lei 4.504/1964, art. 96, § 4º, com a redação dada pela Lei 11.443/2007, expressamente descreve que os contratos que prevejam o pagamento de trabalhador rural em partes em dinheiro e percentual de lavoura cultivada ou de rebanho tratado é que são considerados contratos de emprego, garantido o salário mínimo no cômputo das duas parcelas, enquadrando-se, assim, na assertiva de lei, como contrato de parceria aqueles em que o trabalhador recebe apenas os frutos da lavoura ou das crias geradas pelo gado ("lato sensu") tratado, assim assumindo encargo próprio de produtor, "mutatis mutandis", quanto ao zelo exigido para a lavoura e rebanho, inclusive eventuais ônus pela criação e trato repassados pelo efetivo proprietário da terra ou dos animais cedidos ao trabalhador assim qualificado como parceiro.

Emergindo da relação havida entre as partes apenas a entrega de animais aos cuidados do trabalhador rural, sob a promessa de parcela das crias geradas, sem qualquer percepção de valores em dinheiro e sem as premissas exigidas pelos artigos 2º e 3º da CLT, não se estabelece contrato de emprego, mas de parceria rural.

Recurso do Reclamante conhecido e, no mérito, desprovido.

Relatório

Contra a sentença proferida pela Exma. Sra. Juíza Substituta Vanessa Reis Brisolla, em exercício na MM. 20ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, que julgou improcedentes os pedidos exordiais (fls.231/233), recorre o Reclamante insistindo na existência de vínculo empregatício (fls. 235/247-v). O Reclamante é beneficiário da gratuidade judiciária.

O Reclamado apresentou contrarrazões (fls. 250/254).

Dispensado parecer ministerial, na forma regimental.

É o relatório.

Voto

(1) ADMISSIBILIDADE:

O recurso ordinário interposto é tempestivo e regular, assim como as contrarrazões apresentadas: conheço.

(2) MÉRITO:

- vínculo empregatício:

O Autor postula reconhecimento de vínculo em razão de ter desenvolvido atividade de serviços gerais nas fazendas da Reclamada.

A Ré insiste apenas no contrato de parceria, não tendo outro sido ajustado.

O MM. Juízo de origem julgou improcedente os pedidos exordiais de reconhecimento de vinculo empregatício, fundado na existência de contrato de parceria firmado entre as partes.

No recurso, insiste o Reclamante no reconhecimento do vínculo empregatício.

A pretensão exordial não prospera.

Emerge da petição inicial apenas descritivo de atividade pelo Autor na criação e zelo pelo rebanho da Ré, serviços pelos quais perceberia crias geradas pelos animais da fazenda da Reclamada.

Não há, em nenhum lugar da exordial, indicativo de percebimento de valores pelo trabalho desenvolvido, mas efetiva aferição de outro além do resultante do contrato firmado entre as partes como de parceria, que descreve, por sua vez, apenas direito do Autor a certas crias geradas, no intuito de efetiva parceria à luz do art. 96, § 4º, da Lei nº 4.504/1964, com a redação dada pela Lei nº 11.443/2007, que assim dispõe:

"Art. 96. Na parceria agrícola, pecuária, agro industrial e extrativa, observar-se-ão os seguintes princípios:

(...)

§ 4º. Os contratos que prevejam o pagamento do trabalhador, parte em dinheiro e parte em percentual na lavoura cultivada ou em gado tratado, são considerados simples locação de serviços, regulada pela legislação

trabalhista, sem pre que a direção dos trabalhos seja de inteira e exclusiva responsabilidade do proprietário, locatário dos serviços a quem cabe todo o risco, assegurando-se ao locador, pelo menos, a percepção do salário mínimo no cômputo das 2(duas) parcelas.

(...)".

A Lei 4.504/1964, art. 96, § 4º, com a redação dada pela Lei 11.443/2007, expressamente descreve que os contratos que prevejam o pagamento de trabalhador rural em partes em dinheiro e percentual de lavoura cultivada ou de rebanho tratado é que são considerados contratos de emprego, garantido o salário mínimo no cômputo das duas parcelas, enquadrando-se, assim, na assertiva de lei, como contrato de parceria aqueles em que o trabalhador recebe apenas os frutos da lavoura ou das crias geradas pelo gado ("lato sensu") tratado, assim assumindo encargo próprio de produtor, "mutatis mutandis", quanto ao zelo exigido para a lavoura e rebanho, inclusive eventuais ônus pela criação e trato repassados pelo efetivo proprietário da terra ou dos animais cedidos ao trabalhador assim qualificado como parceiro.

Percebo que, no caso, o obreiro recebia a importância módica de R$ 40,00 por semana, o que leva a conclusão de que não se tratava de salário, mas sim gastos com a propriedade.

Desta forma, o Obreiro em nenhum momento percebeu valor em dinheiro, mas apenas crias do rebanho cuidado, não se enquadrando o contrato, portanto, como de emprego, à luz da ressalva descrita pelo referido dispositivo legal.

Não há, doutro lado, como se reconhecer concomitância de contratos, porque a própria exordial não vincula outras atividades que não aquelas decorrentes do contrato de parceria trazido pelo Reclamado (fl. 44).

Emergindo da relação havida entre as partes apenas a entrega de animais aos cuidados do trabalhador rural, sob a promessa de parcela das crias geradas, sem qualquer percepção de valores em dinheiro e sem as premissas exigidas pelos artigos 2º e 3º da CLT, não se estabelece contrato de emprego, mas de parceria rural.

Por fim, se não há vínculo de emprego entre as partes, a eventual pertubação de percentuais a exigir eventuais diferenças se estabelecem em relação ao contrato de parceria, mas não para transmutar a parceria em vínculo de emprego, de todo inadmitida por não se enquadrar no art. 96, § 4º, da Lei nº 4.504/1964, conforme redação vigente, que poderia remeter o pacto à proteção da CLT.

Nesse sentido, caso similar examinado por esta egrégia Segunda Turma:

EMENTA:

CONTRATO DE PARCERIA RURAL X CONTRATO DE EMPREGO.

A Lei 4.504/1964, art. 96, § 4º, com a redação dada pela Lei 11.443/2007, expressamente descreve que os contratos que prevejam o pagamento de trabalhador rural em partes em dinheiro e percentual de lavoura cultivada ou de rebanho tratado é que são considerados contratos de emprego, garantido o salário mínimo no cômputo das duas parcelas, enquadrando-se, assim, na assertiva de lei, como contrato de parceria aqueles em que o trabalhador recebe apenas os frutos da lavoura ou das crias geradas pelo gado ("lato sensu") tratado, assim assumindo encargo próprio de produtor, "mutatis mutandis", quanto ao zelo exigido para a lavoura e rebanho, inclusive eventuais ônus pela criação e trato repassados pelo efetivo proprietário da terra ou dos animais cedidos ao trabalhador assim qualificado como parceiro.

Emergindo da relação havida entre as partes apenas a entrega de animais aos cuidados do trabalhador rural, sob a promessa de parcela das crias geradas, sem qualquer percepção de valores em dinheiro e sem as premissas exigidas pelos artigos 2º e 3º da CLT, não se estabelece contrato de emprego, mas de parceria rural.

- DANO MORAL: CONDUTA EXCESSIVA NÃO DEMONSTRADA: INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

Recurso do Reclamado conhecido, preliminares rejeitadas e, no mérito, parcialmente provido".

TRT 10ª Região – 2ª Turma

Relator Desembargador Alexandre Nery de Oliveira

RO 0000381-79-2012.5.10.0811

Publicado em 08.02.2013

Assim, correta a sentença primária que afastou o vínculo de emprego, e julgou improcedentes os pedidos exordiais pertinente a contrato de emprego não considerado.

Nego provimento.

(3) CONCLUSÃO:

Concluindo, conheço o recurso e, no mérito, nego-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

É o voto.

A C Ó R D Ã O:

Acórdão

ACORDAM os integrantes da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento: aprovar o relatório, conhecer o recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Ementa aprovada.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2014.

(data do julgamento)

ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA
Desembargador do Trabalho

Processo: 01292-2012-009-10-00-2-RO

Ementa: PROTEÇÃO A DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS. PRESCRIÇÃO. A presente ação não busca o ressarcimento ou a recomposição de lesão a direito individual dos trabalhadores. O que o autor postula é a tutela inibitória no sentido de cessar a lesão àqueles trabalhadores que foram ou estão sendo vítimas da lesões ao ordenamento jurídico perpetradas pela ré e, ainda, prevenir a lesão a todo um grupo de trabalhadores, por isso não há se falar em prescrição, pois trata-se de alegações pertinentes à defesa de direitos difusos e coletivos. DANO MORAL COLETIVO. "Os Direitos Sociais (Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social) constituem a fórmula criada para desenvolver o que se convencionou chamar de capitalismo socialmente responsável...Trata-se de regra de caráter transcendental, que impõe valores à sociedade e, consequentemente, a todo ordenamento jurídico. E que valores são estes? Os valores são: a solidariedade (como responsabilidade social de caráter obrigacional), a justiça social (como consequência da necessária política de distribuição dos recursos econômicos e culturais produzidos pelo sistema), e a proteção da dignidade humana (como forma de impedir que os interesses econômicos suplantem a necessária respeitabilidade à condição humana)...Na ordem jurídica do Estado Social as empresas têm obrigações de natureza social em razão de o próprio sistema lhes permitir a busca de lucros mediante a exploração do trabalho alheio... O desrespeito deliberado e inescusável da ordem jurídica trabalhista, portanto, representa inegável dano à sociedade". (Juiz JORGE LUIZ SOUTO MAIOR). DESTINAÇÃO DOS VALORES. A teor do art. 13 da Lei nº 7.347/85, o valor da indenização por dano moral coletivo e demais cominações objeto de condenação deve receber destinação específica (diversa do FAT) relacionada a programas destinados a prevenir ilícitos da mesma natureza daqueles constatados nestes autos. Recurso conhecido e provido.

Relatório

O Exmo. Juiz FERNANDO GABRIELE BERNARDES, em exercício na MM. 9ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, por meio da sentença de fls. 218/222, extinguiu o processo com resolução de mérito quanto ao pedido de indenização por danos morais coletivo e julgou improcedentes os demais pedidos formulados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – MPT nesta Ação Civil Pública.

O MPT se insurge contra a sentença por meio das razões de recurso às fls. 226/244. Requer seja a prescrição afastada e, no mérito, pugna pelo deferimento do pedido de indenização por dano moral coletivo, bem como os demais pedidos da inicial.

Contrarrazões pela reclamada às fls. 249/262.

É o relatório.

Voto

1. Admissibilidade

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos, conheço do recurso.

2. Mérito

2.1. Prescrição

O Exmo. Juiz de origem extinguiu o processo com resolução de mérito quanto ao pedido de indenização por dano moral coletivo, pelos seguintes fundamentos:

Supondo, pois, que o período de ociosidade forçadas das empregadas

tivesse perdurado no máximo por cerca de um mês — ou, segundo declarações da empregada MILENE FERNANDA MACHADO OLIVEIRA, por um mês e meio (fl. 32), há que se concluir que o assédio noticiado na petição de ingresso cessou, na pior das hipóteses, em março/2007.

A presente demanda, todavia, foi ajuizada em 07/07/2012, quando já

transcorridos mais de cinco anos da prática dos atos ilícitos imputados à reclamada. Assim, materializa-se in casu a prescrição total da ação para reivindicar danos à coletividade, visto que, em se tratando de tema trabalhista, aplica-se a o prazo prescricional definido no art. 7º, inciso XXIX,da Constituição (fl. 219).

Aduz o MPT que a hipótese dos autos trata-se de direitos transindividuais, marcados pela indeterminação dos integrantes da cole-

tividade lesada, caracterizado pela indivisibilidade e indisponibilidade dos interesses atingidos, que são públicos e sem feição patrimonial, sendo o dano moral coletivo imprescritível. Por fim, afirma que o procedimento preparatório de Inquérito Civil n° 88/2007 do dia 28/03/2007 interrompeu o prazo prescricional.

Razão lhe assiste.

A presente ação não busca o ressarcimento ou a recomposição de lesão a direito individual dos trabalhadores. O que o autor postula é a tutela inibitória no sentido de cessar a lesão àqueles trabalhadores que foram ou estão sendo vítimas da lesões ao ordenamento jurídico perpetradas pela ré e, ainda, prevenir a lesão a todo um grupo de empregados da ré, por isso não há se falar em prescrição.

O que se busca é a imposição de obrigações de fazer e não fazer que ajustem a prática empresarial às determinações cogentes das normas trabalhistas. Trata-se de alegações pertinentes à defesa de direito coletivo e difuso.

Extraindo-se a lição de JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO sobre a propriedade de se manejar ações civis públicas como instrumento educativo e democrático, cita-se o seguinte ensinamento:

Como pregava o saudoso HELY LOPES MEIRELLES: 'O uso da autoridade só é lícito - ensina Sampaio Dória - quando vise a obstar a que um indivíduo prejudique direitos alheios, ou obstar a que um indivíduo se escuse a cooperar pela manutenção da sociedade'.[...]De fato, o ajuizamento de ações civis públicas que buscam o cumprimento de deveres públicos e democráticos, ou a condenação de entidades ou de pessoas por terem excedido os limites da lei e da liberdade advinda do regime democrático, acaba por ensinar ora os cidadãos, o agente público e as empresas, ora as associações ou os sindicatos a agirem, viverem e se comportarem democraticamente, isto é, a respeitarem a Constituição, a lei e os interesses difusos, coletivos e até mesmo individuais. Mesmo em relação àqueles estranhos à relação processual instaurada pela ação civil pública, isto é, que não são partes, o seu ajuizamento leva à educação democrática acima mencionada, uma vez que a sua divulgação ou o seu conhecimento acaba por revelar e ensinar o que pode ou deve ser feito. (Ação Civil Pública. Instrumento de Educação Democrática - Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 - 15 anos – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002)

Vale dizer, não está em questão a reparação à lesão aos direitos individuais do trabalhador, o enfoque da presente ação civil pública é o comportamento da ré frente às regras protetivas do Direito do Trabalho à trabalhadora gestante.

Nesse aspecto, vale lembrar que a coletivização das ações é fenômeno irreversível, adequado aos paradigmas do Estado Democrático de Direito, com a atual e progressiva complexidade das sociedades, dos direitos e dos anseios sociais. É consentânea com o devido processo legal, com a economia processual, com a duração razoável do processo e com a efetividade das decisões judiciais, além de mais se aproximar da realização da Justiça – bem maior de todo o sistema do Poder Judiciário.

Assim, no caso como o dos autos, em que se defendem direitos coletivos e metaindividuais, mesmo que a apuração dependa de fatos isolados, a prescrição, que está cultural e historicamente relacionada ao direito individual, deve ser afastada. Sobre o tema, peço licença para citar trecho do voto proferido pelo Exma. Desembargadora Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro, quando da análise da ação rescisória 0016-2009-000-10-00-4:

...O autor aponta mácula ao art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, por entender que estaria prescrita a pretensão do Ministério Público do Trabalho quando do ajuizamento da ação civil pública originária. Ao entregar a prestação jurisdicional nos autos do processo originário, a egr. Primeira Turma deste Regional assentou, acerca da prescrição, que: "A Empresa recorrida sustenta, ainda, a prescrição do direito de propor a presente ação, fundando-se no preceituado do art. 7º, inc. XXIX, da Constituição Federal, que prevê o prazo prescricional de cinco anos para pleitear a reparação de direito decorrente da relação de trabalho, estando, assim, sepultado o direito de ação por parte do Ministério Público. Contudo, não há como reconhecer a tese sustentada. A prescrição é instituto intimamente relacionado ao direito subjetivo individual, no sentido de que o seu titular tem a faculdade de implementá-lo toda vez que alguém impeça ou tente embaraçar o seu gozo. No caso, a matéria em análise ultrapassa o mero entendimento do que seja um direito individual ou de um grupo apenas, uma vez que reflete um interesse social muito maior, de ordem pública, traduzido no sentido de que determinada situação que crie instabilidade a toda a comunidade, não se prolongue indefinidamente. Nessa linha de raciocínio, pode-se concluir que o instituto da prescrição se volta contra o indivíduo ou grupos de indivíduos, não atingindo interesses que buscam a proteção de uma coletividade difusa. Em reforço a essa tese, traz-se à baila o entendimento do ilustrado Juiz Francisco Antônio de Oliveira: Ora, se os interesses difusos e coletivos não têm titulação definida, mas pertencem a todos, dúvida não existe de que estamos frente a um direito de interesse social e que diz respeito ao povo e ao público em geral. E se assim é, premiar o instituto da prescrição ou da decadência seria o mesmo que inverter a ordem dos valores, ou seja, premiar o interesse particular em detrimento do interesse público. (...)" E mais, em não havendo interesse do Poder Público estará sempre muito assoberbado de trabalhos e as prescrições ocorreriam, sem que ninguém pudesse fazer nada." E, complementando o insigne jurista professa: A exemplo do que acontece com a coisa julgada, os interesses metaindividuais devem ter tratamento processual especial não ocorrendo, contra tais direitos, a prescrição da ação ou a decadência do direito. Pensamento contrário, será o mesmo que permitir que o escorpião, de veneno letal, pique a si mesmo." (in, Da Ação Civil Pública: Instrumento de Cidadania. Revista Ltr 61-07/881). Em face do exposto, considerando serem inaplicáveis as regras da prescrição quando se discute direitos e interesses de toda uma coletividade, mantém-se a decisão primária." (às fls. 192/193). O Ministro aposentado Gelson de Azevedo negou provimento ao recurso de revista interposto pelo SERPRO, com relação à prescrição, ao fundamento de que: "Conforme se verifica, a Corte Regional deixou de declarar a prescrição no caso concreto, por entender que se debatem direitos e interesses de toda uma coletividade. Dessa forma, o fundamento daquela Corte Regional no sentido de que a im-

prescritibilidade da ação civil pública justifica-se pela natureza indisponível do direito tutelado - ao contrário do entendimento do Reclamado - não viola o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. No referido dispositivo, define-se o prazo prescricional referente ao direito material que se pretende ver reparado, não atingindo tal instituto os direitos e interesses metaindividuais nas modalidades difusa e coletiva (pertencentes às pessoas indeterminadas ou apenas determináveis no seio da sociedade), tendo como características marcantes a indivisibilidade, a indisponibilidade, a essencialidade e a ausência de conteúdo econômico. Nego provimento." (TST-AIRR-716.106/2000.6 - às fls. 260/261)... (Publicado em: 03/12/2009 no DEJT)

No mais, entendo que o MPT só teve respaldo o suficiente para ajuizar a ação civil pública quando do procedimento investigatório, não havendo assim que se falar em prescrição contada da data do fato, já que apenas com o inquérito civil se reuniu os elementos para a propositura da ação.

Logo, ante a natureza do direito violado, rejeito da prejudicial de mérito e passo à analise do tema.

2.2. Assédio moral. Violação aos direitos das gestantes.

O Juízo de origem, entendendo por não demonstrado a prática de assédio moral contra as empregadas gestantes da reclamada, indeferiu os pedidos de obrigação de não fazer postulados na inicial.

Reitera o MPT as alegações acerca da prática discriminatória praticada pela ré.

Vejamos.

Com todo respeito ao posicionamento adotado pela instância de origem, tenho entendimento diverso e considero caracterizado o assédio moral pelo de discriminação praticado pelo gerente da empresa.

Nos dizeres de Maria Ester de Freitas, Roberto Heloani e Margarida Barreto, "o assédio moral é uma conduta abusiva, intencional, frequente e repetida, que ocorre no ambiente de trabalho e que visa diminuir, humilhar, vexar, constranger, desqualificar e demolir psiquicamente um indivíduo ou um grupo, degradando as suas condições de trabalho, atingindo sua dignidade e colocando em risco a sua integridade pessoal e profissional" (Assédio Moral no Trabalho, São Paulo, Cengage Leaning, 2008, p.37).

No caso dos autos, os depoimentos das testemunhas, quando do inquérito civil, são uníssonos ao descrever a conduta discriminatória praticada pelo gerente da reclamada contra as empregadas gestantes:

Joana Carolina Lopes Ferreira: (...) que a empresa não tinha conhecimento da gravidez da depoente, mas não queria readmiti-la;(...) que a depoente só foi readmitida, porque ameaçou denunciar ao fato MPT; que o senhor André do RH, antes de readmitir a depoente, fez com que ela esperasse sentada durante uma semana, embora a depoente comparecesse diariamente na empresa para obter uma solução; (...) que no dia em que o programa ISO 9001 foi visitar as gestantes foram dispensadas no dia; que ao questionarem o fato ao Sr. André, este respondeu que as gestantes não faziam parte da empresa... (fl. 23).

Nilva Soares Rodrigues: (...) que ao retornar à sede da empresa, pois prestava serviços em órgãos do GDF, a depoente e demais colegas grávidas foram obrigadas a passar a jornada inteira (oito horas)sentadas em algumas cadeiras na recepção de frente para a recepcionista, sem qualquer atribuição a ser desenvolvida; (...) que os funcionários que passavam pela recepção ficavam rindo das empregadas gestantes; que havia comentários desagradáveis sobre a falta de serviço... (fl. 45).

Larissa Pacheco de Oliveira:(...) que o senhor André, chefe do Rh, sempre falava para a depoente que as empregadas gestantes eram prejuízo para a empresa; que esse comentário o Sr. André fez na presença de colegas Grazielle e Joana, que também estavam grávidas(...) que as empregadas gestantes foram obrigadas a ficar sentadas na recepção, de frente para a recepcionista, desde o início da jornada, das 08h às 18h, com intervalo de 12h às 14h; que no andar que as empregadas se encontravam havia um banheiro que não podia ser por elas utilizados, obrigando-as a subir de escada até o andar de cima onde havia outro banheiro...(fl. 47).

Tanto que umas das trabalhadores da reclamada ajuizou ação individual, no qual ficou demonstrada a prática acima descrita, manifestando-se a Exma. Desembargadora Maria Piedade Bueno Teixeira sobre o tema, RO 00949-2008-021-10-00-1:

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. ASSÉDIO MORAL. DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. O direito à igualdade se caracteriza pela isonomia de tratamento e a proteção à maternidade encontra sede na Constituição Política (arts. 5º, I, e 6º, caput), portanto, não se permite qualquer distinção decorrente de atributos pessoais, ainda mais referente ao estado gestacional, momento em que a mulher, devido a diversas alterações físicas e emocionais, encontra-se numa condição mais sensível a fatores discriminatórios. É inegável que, com a modernização das relações sociais, as mulheres, após longos anos de lutas e conquistas, vêm ocupando o seu lugar no mercado de trabalho, não se limitando aos afazeres meramente domésticos. A mulher moderna é autônoma, e por meio de seu trabalho se afirma como uma personagem ativa das transformações sociais e econômicas, muito contribuindo no próprio sustento familiar, não sendo raros os casos em que o ônus pela manutenção do lar fica exclusivamente ao seu cargo. Nessa linha, e considerando que historicamente a mulher exerceu um papel subalterno na sociedade (com raras exceções), devido a preconceitos enraigados no complexo social, que infelizmente até hoje persistem, como se verifica no caso dos autos, foram inseridas na legislação pátria normas de proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX, CF; art. 10, "b" da ADCT; art. 391 da CLT, dentre outras). Especificamente quanto à maternidade, a legislação, de cunho eminentemente social, prevê medidas que visam proteger não só a mulher na sua condição de trabalhadora, mas também permitir que esta tenha tranquilidade para exercer de forma plena suas funções maternas, o que é de suma importância para um desenvolvimento saudável da criança. Nesse contexto, verifica-se que a conduta da reclamada, ao praticar discriminação generalizada contra mulheres grávidas no âmbito de seu estabelecimento, além de contrariar todas as normas protetivas do mercado feminino, em especial o da maternidade, está na contramão da história, por de-

monstrar modos de conduta empresariais arcaicos não condizentes com o que se espera hodiernamente de uma empresa séria e em consonância com as peculiaridades da sociedade moderna (Publicado em: 29/05/2009 no DEJT).

A lei 9.029/95 em seu artigo 1° dispõe que "...Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal...". O que por analogia pode ser aplicada ao caso, mesmo que a presente hipótese não conste enumerada no artigo, pois o objetivo principal do normativo é proteger o cidadão contra práticas discriminatórias na relação de trabalho.

Valendo registrar ainda que a proteção à trabalhadora gestante é bem jurídico protegido pela Constituição Federal e pertinente ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

...pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária(ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as outras pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo. O próprio Kant - ao menos assim nos parece - sempre afirmou(ou , pelo menos, sugeriu) o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos" (Ingo Wolfgang Sarlet (Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p.52).

Logo, demonstrado a conduta discriminatória, dou provimento ao recurso para condenar a demandada nas obrigações de não fazer, assim como pleiteadas à inicial às fls. 17/18, sob pena de multa pecuniária no importe de R$ 10.000,00 na hipótese de descumprimento.

2.3. Indenização por dano moral coletivo

A indenização por danos morais no Direito do Trabalho tem arrimo no art. 5º, X, da CF e arts. 186 c/c 927, ambos do Código Civil, e como tal deve decorrer, direta e impreterivelmente, de um ato comissivo ou omissivo praticado com culpa ou dolo do empregador que importar em dano ao pretendente.

RODOLFO PAMPLONA FILHO, para além dos reflexos materiais do dano moral ou de conceitos relacionados com dor, sofrimento, angústia e outros sentimentos, leciona que a lesão está ligada à violação dos direitos da personalidade objetivamente considerados, verbis:

...o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (O Dano Moral na Relação de Emprego, São Paulo: LTr, 3ª edição, p.52).

Fenômeno similar se observa na lesão a direitos da personalidade em âmbito coletivo.

No caso dos autos ficaram patentes atitudes da empresa ré violadora de direitos da sociedade como um todo.

Exsurge cristalina a natureza coletiva da pretensão. O foco conferido à matéria tem pertinência com interesses transindividuais: a necessidade de resguardar o próprio ordenamento jurídico, como um todo, das repetidas violações verificadas, com a disponibilização de instrumentos hábeis para que tal defesa se torne efetiva e apta a coibir novas violações. No presente caso, frise-se, defrontam com condutas altamente lesivas aos interesses de um segmento social, perfeitamente identificável, que reclama reparação enérgica. As lesões também são de natureza difusa, pois outras trabalhadoras não passíveis de identificação também poderiam ser vítimas do procedimento reprovável da empresa ré, bem como tal procedimento, por si só, representa reiterada e injustificável ofensa às normas protetivas cogentes que integram o ordenamento jurídico trabalhista e à autoridade do Estado Juiz.

Oportunos os ensinamentos de IRANY FERRARI e MELCHÍADES RODRIGUES MARTINS:

A reparação genérica à coletividade pelo danos causados, (...), origina-se de uma visão mais socializante do Direito, sustentada pelos juristas modernos, onde se busca ressaltar o caráter transindividual de determinados valores fundamentais para a organização social e o bem comum. A reparação é devida, não só pela dificuldade de se reconstituir o mal já causado à coletividade, mas também, por já ter ocorrido a transgressão ao ordenamento jurídico vigente. Tal proteção a ser dispensada à coletividade está diretamente ligada ao sentimento de desapreço e de perda de valores essenciais que a afetam negativamente. (...) Isto porque a indenização por danos morais coletivos tem por objetivo oferecer à coletividade dos trabalhadores uma compensação pelo dano já sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão e, ainda, visa aplicar à lesante uma sanção pelo ilícito praticado, pois, de modo contrário seria a sua premiação." (Dano Moral. Múltiplos Aspectos nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr)

Nas ações individuais a indenização por dano moral atende a dupla função - caráter compensatório com relação à vítima e caráter punitivo com relação ao ofensor-, no dano moral coletivo exsurge primordialmente o aspecto preventivo e pedagógico. Não é apenas nas situações de violação a direitos exclusivamente ligados à dignidade da pessoa humana que se caracteriza o dano moral coletivo. Também está configurada tal lesão - com maior intensidade - nos casos de completo desrespeito e inobservância dos ditames do ordenamento jurídico, pela ofensa a dispositivos constitucionais e infraconstitucionais de natureza cogente.

Como já exposto acima, restou patente a discriminação laboral em face das trabalhadoras gestantes da reclamada.

Conforme lições da doutrinadora ALICE MONTEIRO DE BARROS:

...o dever de ressarcimento, nesses, casos, se funda na teoria da culpa in contrahendo ou responsabilidade pré-contratual, com a qual a Jhering visou a tutelar a confiança re-

cíproca, que deve nortear o comportamento das partes desde a fase das negociações preliminares. O fundamento dessa responsabilidade reside no dever de agir consoante o princípio da boa-fé objetiva, que incide no direito obrigacional, atuando como norma de conduta social, segunda a qual as pessoas devem se comportar com lealdade recíproca das relações sociais, enquanto a boa-fé subjetiva cinge-se no campo dos direitos reais... (Curso de Direito do Trabalho, LTr, p. 513).

Tal irregularidade extrapola o âmbito dos direitos individuais dos trabalhadores vítimas das irregularidades para ofender a autoridade doo próprio ordenamento jurídico no tocante aos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição Federal (arts. 5º e 7º), os quais derivam de conquistas históricas de longas datas e protegidos contra o retrocesso social. Atingem os princípios fundamentais da República do Brasil: o valor social do trabalho e a proteção da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º), o objetivo de se construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Como retratado, a ré desprezou as prescrições do ordenamento jus laboral, circunstância que fere valores da coletividade. A indenização respectiva não diz respeito a reparação de dano hipotético, mas ostenta caráter preventivo, pedagógico e punitivo.

É necessária uma providência em âmbito coletivo.

É justamente esse o contexto delineado nestes autos: o desrespeito deliberado e inescusável da ordem jurídica trabalhista, que representa inegável dano à sociedade.

Assim, impõe-se a reparação do dano moral coletivo reclamado na exordial para restaurar a autoridade do ordenamento jurídico, punir e desestimular o ilícito e compensar o lucro auferido mediante a precarização do trabalho humano. No que se se refere ao quantum indenizatório, o ato praticado merece a reprimenda do Judiciário em patamar condizente com o grau das irregularidades e o porte da reclamada, e tendo como norte o objetivo pedagógico de dissuadir novas ocorrências. Em se tratando de ação proposta pelo Ministério Público do Trabalho após investigações, instauração de inquérito e análise de todas as nuanças envolvidas, tendo que deve ser aproveitado o valor pleiteado na exordial, pois o autor da ação não é o titular do bem da vida em questão. É o agente do Estado legitimado pela Constituição Federal para agir em prol da sociedade e, nesse contexto, apenas uma tese efetivamente consistente pode elidir a presunção de legitimidade que cerca a quantificação por ele empreendida quando da propositura da ação. Logo, o valor pleiteado na inicial mostra-se apto a dissuadir o ofensor de persistir na conduta ilícita. Observando-se tais parâmetros, defiro indenização por danos morais no montante de R$ 2.000.000,00.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para deferir indenização por danos morais coletivos no valor de R$ 2.000.000,00.

2.4. Destinação dos valores arbitrados

Quanto à destinação do valor arbitrado (indenização e multas), adoto como razões de decidir os fundamentos expostos pelo Exmo. Desembargador BRASILINO SANTOS RAMOS quando relatou o RO 1419-44.2011.5.10.0009. Embora a tese não tenha prevalecido naquela ocasião, ainda dela comungo:

Sobre o destinatário desse valor, na forma prevista no art. 13 da Lei nº 7.347/1985, a condenação pecuniária será revertida a um fundo, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

É pertinente extrair do referido texto que não necessariamente essa destinação deva ser feita ao FAT, devendo ser sinalada a tendência jurisprudencial em não mais remeter esses valores para esse Fundo. Isso tendo em conta que as quantias para ali recolhidas não têm sido aplicadas conforme previsto no mencionado art. 13.

Consoante leciona Raimundo Simão de Melo, "Na verdade, a remessa dos valores aludidos para o FAT foi 'um acidente de percurso', num momento inicial e que, por falta de um fundo próprio, não se sabia o que fazer com o dinheiro arrecadado" (Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. São Paulo : LTR. 2012. 4ª ed. p. 179).

Seguindo as sugestões indicadas pelo autor, a presente condenação pecuniária deverá ser revertida ao Hospital Infantil de Cascavel ou outra instituição com tal perfil indicada pelo Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Ressalte-se que se faz referência a essa cidade, Cascavel, tendo em conta ser a sede da segunda acionada.

Destaca-se que a destinação em lume terá acompanhamento pelo Parquet. Caso assim não se entenda, os valores poderão ser dirigidos a outro fundo que o autor venha a indicar. Dou provimento.

Também entendo que, a teor do art. 13 da Lei nº 7.347/85 (a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados"), o valor da indenização por dano moral coletivo e demais cominações objeto de condenação deve receber destinação específica relacionada a programas destinados a prevenir ilícitos da mesma natureza daqueles constatados nestes autos.

Neste sentido já se posicionou anteriormente esta Eg. 2ª Turma:

1. TRABALHADORES COM DEFICIÊNCIA OU REABILITADOS. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO NA FORMA DO ART. 93 DA LEI N.º 8.213/1991. DANO MORAL COLETIVO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. REVERSÃO DO MONTANTE A ENTIDADES QUE PROMOVAM TREINAMENTO E PROFISSIONALIZAÇÃO CONFORME OS TERMOS DA NORMA DE REGÊNCIA OU A OUTRO FUNDO A SER INDICADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Justifica-se a reparação genérica não só pela transgressão ao ordenamento pátrio vigente, com o que não pode compactuar a sociedade, mas também pela feição pedagógica da sanção imposta, que, ao menos indiretamente, restabelece a legalidade pela certeza de punição do ato ilícito. Acerca do valor da indenização, é fato que o sistema aberto possibilita o arbitramento da indenização de maneira mais justa e proporcional à lesão sofrida pelo ofendido, não se olvidando, ainda, que uma indenização escorchante representaria uma desproporcional punição ao ofensor. Dessarte e tendo por base a diretriz consagrada pelo art. 944 do Código Civil, a repercussão social das irregularidades noticiadas nestes autos, a culpabilidade e capacidade econômica da ofensora e, sobretudo, em observância aos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, o valor da indenização fixada na r. sentença deve ser

majorada. Por outro lado, é salutar que o destinatário dessa quantia ou seja uma entidade que atue no ramo de serviços e que promova atendimento nas áreas de educação, inclusive técnica, de pessoas com deficiência e/ou reabilitadas, ou que esse montante seja revertido a outro fundo que o autor venha a indicar, ressaltando-se que o fundo deverá ter a gestão do Ministério Público do Trabalho local, havendo efetiva participação de organizações que lidam diuturnamente com os direitos debatidos neste processo. 2. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido. É este o relatório e voto da lavra da Exma. Desembargadora Relatora, à exceção da matéria meritória, onde prevaleceu a divergência aberta por este Desembargador Revisor e Redator Designado. (RO 00741-2011-015-10-00-6, Redator Designado Desembargador BRASILINO SANTOS RAMOS, julgado em: 26/9/2012).

Determino que os valores da indenização por dano moral coletivo e das multas que vierem a ser aplicadas em decorrência de eventual descumprimento das diversas obrigações de fazer e não fazer conferidas nesta ação civil pública sejam revertidas em prol de um fundo específico, a critério do Ministério Público do Trabalho, sem participação da empresa ré, salvo diante de uma composição amigável, sempre mediante análise do juízo da execução.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço do recurso e, dou-lhe provimento para afastar a prejudicial de mérito; condenar a demandada nas obrigações de não fazer, assim como pleiteadas à inicial às fls. 17/18, sob pena de multa pecuniária no importe de R$ 10.000,00 na hipótese de descumprimento; deferir indenização por danos morais coletivos no valor de R$ 2.000.000,00. Os valores deverão ser revertidos em prol de um fundo específico, a critério do Ministério Público do Trabalho, sem participação da empresa ré, salvo diante de uma composição amigável, sempre mediante análise do juízo da execução.

Inverto os ônus da sucumbência para condenar a ré ao pagamento das custas processuais do valor de R$ 40.000,00, calculadas sobre R$ 2.000.000,00, valor arbitrado à condenação.

Acórdão

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, à vista do contido na respectiva certidão de julgamento, aprovar o relatório, conhecer do recurso e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para afastar a prejudicial de mérito; condenar a demandada nas obrigações de não fazer, assim como pleiteadas à inicial às fls. 17/18, sob pena de multa pecuniária no importe de R$ 10.000,00 na hipótese de descumprimento; deferir indenização por danos morais coletivos no valor de R$ 2.000.000,00. Os valores deverão ser revertidos em prol de um fundo específico, a critério do Ministério Público do Trabalho, sem participação da empresa ré, salvo diante de uma composição amigável, sempre mediante análise do juízo da execução, nos termos do voto do Desembargador Relator. Vencido o Desembargador João Amílcar quanto ao valor fixado em relação à indenização, pois limitava em R$1.000.000,00.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2014 (data do julgamento).

MÁRIO MACEDO FERNANDES CARON
Desembargador do Trabalho

Processo: 01897-2011-001-10-00-1-RO

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE TRABALHADORES. TESTE DO POLÍGRAFO. ILICITUDE. EFEITOS. 1. O enfrentamento da colisão entre princípios não deve passar pela atribuição, na esfera abstrata, da prevalência de um sobre o outro, mas sim na investigação daquele aplicável ao caso concreto. 2. O polígrafo, usualmente conhecido como detector de mentiras, é equipamento ineficaz aos fins que se destina, como inclusive já pontuou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 3. A submissão de trabalhadores ao referido teste, para a sua contratação ou movimentação, sob o argumento de preservar a segurança do transporte aéreo é ilegal, atingindo a sua intimidade e a dignidade. 4. Emissão de ordem inibitória à prática ilícita, além da imposição de multa à empresa por dano moral coletivo.

Relatório

O relatório aprovado é da lavra da Exma. Desembargadora ELKE DORIS JUST, in verbis:

"Pela sentença de fls. 463/472, complementada às fls. 481/483, o Exmo. Juiz Mau-

ro Santos de Oliveira Góes rejeitou as preliminares e julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Recurso ordinário do autor (MPT), às fls. 488/508, arguindo negativa de prestação jurisdicional e, no mérito, buscando a reforma da decisão.

Contrarrazões pela ré, às fls. 510/531.

Ante a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, este manifestou-se pela ratificação dos argumentos apresentados nas razões recursais (fl. 538)

É o relatório."

Voto

ADMISSIBILIDADE. O recurso foi conhecido nos termos do voto da Exma. Desembargadora Relatora, in verbis:

"O recurso é tempestivo (fls. 486-verso e 488), com regular representação e sem necessidade de preparo. Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Por serem regulares e tempestivas, conheço das contrarrazões."

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A preliminar foi rejeitada nos termos propostos pela Exma. Desembargadora Relatora, in verbis:

"Na sentença aos embargos, o Juízo de origem deixou de manifestar-se sobre as perguntas feitas pela ré ao trabalhador quando do uso do polígrafo, fundamentando-se em que a manifestação sobre o tema somente na réplica constituía ampliação da lide, uma vez que a petição inicial e contestação são os únicos instrumentos legalmente válidos para formação dos limites da demanda.

O recorrente argumenta que, diversamente do posto na decisão aos embargos, o conteúdo dos questionamentos inseriu-se no debate na medida em que a ré o apresentou como fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas aventadas na inicial. Por isso, a manifestação, em réplica, sobre essa alegação não exorbitou os limites da lide. Aponta violação aos arts. 93, IX, da CF; 458, II, do CPC; e 832 da CLT.

Tem razão o recorrente em que o conteúdo das perguntas passou fazer da parte da lide porque apresentada na peça defensiva como um dos elementos capazes de descaracterizar a alegada violação ao direito dos trabalhadores (fl. 106). Aliás, embora não assentando nas perguntas os argumentos iniciais, já naquela peça o autor fez referência a essa questão ao destacar o comentário sobre o conteúdo dos questionamentos, feito por Ministro do TST na análise da mesma matéria (fl. 8). Assim, a manifestação sobre o tema em réplica (fl. 426) não constituiu inovação à lide.

Todavia, também como registrado na sentença aos embargos, o recurso ordinário possui efeito devolutivo amplo, sendo dispensável o pré-questionamento. Por isso, mesmo que não tenha havido pronunciamento sobre o tema na instância originária, a questão pode ser objeto de apreciação em sede recursal por força da efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, conforme a Súmula 393/TST.

Além disso, o Juízo de origem não silenciou totalmente sobre a questão, uma vez que pronunciou-se na sentença principal que "São feitas perguntas de padrões normais, igual como ocorre em qualquer tipo de situação de pré-contratação, visando valorar as condições pessoais do candidato..." (fl. 469).

Por isso, rejeito a preliminar."

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE. ALCANCE. DANO MORAL COLETIVO. Em sua contestação a ora recorrida suscitou a ilegitimidade ad causam do autor, além da ausência do interesse de agir. Na primeira hipótese, em razão de compreender que os interesses jurídicos objeto da lide são "...individuais plúrimos, restritos à parcela identificável dos trabalhadores que prestam serviços à ré." (fl.96), compreendendo que a ação civil pública apenas pode encerrar, como objeto adequado, a proteção dos direitos de feição difusa ou coletiva. Já a segunda vem amparada na tese de que a atuação do parquet não revela o efeito de interferir de molde a atender aos interesses dos trabalhadores (fl. 97).

Para melhor compreensão da matéria, julgo oportuno tecer breves comentários acerca da tutela jurisdicional coletiva.

O Estado tem passado por transformações estruturais, com o surgimento de novos atores sociais, conflitos de massa e a multiplicação de direitos. Alterou-se sensivelmente o perfil da sociedade contemporânea, marcada pelo crescente desenvolvimento tecnológico e científico, influenciada pelo fenômeno da globalização. Em consequência assistimos, como um processo inevitável, a emergência de novos grupos, classes de indivíduos, grandes aglomerações e interesses transindividuais ou meta individuais, caracterizados pela transcendência da relação individual.

O processo, naturalmente, não pôde ficar alheio a essa nova realidade. Buscam-se meios efetivos e alternativos para a solução desses novos conflitos. Novas regras de direito material e processual são necessárias para possibilitar a tutela dos chamados interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Essa nova categoria de direitos é reflexo da uma sociedade complexa, cujos titulares, na maioria das vezes, são marcados pela indeterminação. A doutrina processual clássica, portanto, tinha de ser superada em muitos aspectos para a proteção desses direitos, a exemplo das questões afetas à competência, da legitimidade ad causam e da ampliação dos efeitos subjetivos da coisa julgada. Adapta-se o processo a um novo tipo de litígio; a efetividade da tutela é vista na perspectiva dos consumidores dos serviços jurisdicionais (CAPPELLETTI).

A necessidade de afastar os obstáculos ao acesso à jurisdição passa também pela busca de tutela jurisdicional diferenciada, adequada para dirimir litígios coletivos, inibir condutas que prejudicam a sociedade como um todo, impondo medidas punitivas a fim de estimular o infrator a mudar o seu comportamento danoso à coletividade, ao meio ambiente, aos consumidores e trabalhadores, entre vários outros aspectos.

Ganha destaque, por exemplo, o papel do Ministério Público no ajuizamento de

ações coletivas que atingem um número muito expressivo de cidadãos, os quais, muitas vezes, estariam à mercê do infrator ou então compelidos a arcar com os ônus de ações individuais para estancar as lesões que se multiplicam. Essas ações naturalmente objetivam imprimir maior celeridade e extensão aos julgamentos, evitando conflito de decisões e promovendo a redução numérica das demandas, o que favorece a segurança jurídica e permite, atento ao escopo sociopolítico do processo, a busca da pacificação social no plano concreto.

Em síntese, a possibilidade da defesa coletiva de direitos dos trabalhadores é mais um instrumento para a proteção da cidadania, por meio da efetivação dos direitos sociais.

In casu, na petição inicial o Ministério Público relata que, aferiu a prática reiterada de ato ilícito, por parte da empresa, quando da contratação de seus empregados. Ela consistiria, em síntese, na submissão dos candidatos ao teste do polígrafo, usualmente conhecido como detector de mentiras, além de formular perguntas que invadiriam a seara da intimidade dos trabalhadores. Considerando que as irregularidades noticiadas alcançaram o âmbito nacional, de par com a negativa da empresa em firmar o termo de ajustamento de conduta, o Ministério Público do Trabalho ajuizou a presente ação civil pública, para restabelecer o ordenamento jurídico que entende estar reiterada e flagrantemente violado.

Busca, assim, a condenação da empresa a deixar de aplicar o referido teste nos candidatos ao emprego, aos seus empregados ou prestadores de serviço; a divulgação no âmbito interno, no prazo de 30 (trinta) dias, sobre essa proibição, além de multa equivalente a R$100.000,00 (cem mil reais) por cada pessoa submetida a tal procedimento. Requereu, ainda, a condenação da demandada ao pagamento de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de dano moral coletivo.

A caracterização legal dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos vem estampada no art. 81, parágrafo único e incisos, do Código de Defesa do Consumidor. Já a legitimidade do Ministério Público do Trabalho, para a defesa da ordem jurídica, está prevista nos arts. 127 e 129, da CF; 6º, inciso VIII, alíneas c e d, e 83, incisos I e III, da Lei Complementar nº 75/1993. Da mesma forma sinaliza o art. 82, inciso I, da Lei nº 8.078/1990 e, de modo específico, no art. 3º, da Lei nº 7.853/1989, que rege as ações civis públicas destinadas à proteção de interesses meta individuais.

No caso em exame é extraível, em um primeiro plano, a defesa de interesse individual homogêneo, em relação àqueles trabalhadores submetidos à exigência prévia de contratação, ou ainda aqueles que já admitidos passam a atuar em áreas que, na compreensão da empregadora, impõem o procedimento.. Mas sob prisma diverso, também aflora o interesse de toda a categoria profissional, pois ela exibe a potencialidade de estar sujeita ao procedimento dito ilícito - daí o traço nitidamente coletivo do direito em lide. E sob o último ângulo é possível detectar o interesse difuso de toda a sociedade, que pela sua estrutura constitucional não tolera atitudes que, mesmo em tese, venham a violar direitos fundamentais de seus cidadãos.

Na realidade, o Ministério Público do Trabalho detém legitimidade ad causam e interesse para pleitear, por meio de ação civil pública, tutela inibitória na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como a tutela reparatória por danos morais coletivos, notadamente em casos de afronta à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho. É o que se depreende das disposições legais que regem a atuação do parquet (arts. 127, caput, e 129, inciso III, da CF; 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93).

A relevância social da tutela perseguida justifica a atuação do Ministério Público, a quem cabe velar pelo cumprimento das normas legais. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico no sentido de reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ações civis públicas em que se discutem interesses individuais homogêneos, dotados de relevância social, conforme espelha a seguinte ementa, in verbis:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE RELEVÂNCIA SOCIAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. "(RE 459456-AgR/RJ- Ac. 2ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DEJT de 22/10/2012)

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho também caminha no mesmo sentido, ad litteram:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. EMPRESA QUE UTILIZA O AMIANTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ENTREGA DE DOCUMENTOS REFERENTES A TRABALHADORES EXPOSTOS AO AMIANTO. EXIGÊNCIA DA LEI Nº 9.055/95. Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público do Trabalho objetiva a condenação da reclamada na obrigação de entregar documentos referentes aos trabalhadores expostos ao amianto, conforme determina a Lei n°9.0551995, bem como a responsabilização da empresa por dano moral coletivo. A hipótese dos autos envolve interesses transindividuais indisponíveis, associados ao núcleo de direitos humanos, com dimensão de direitos fundamentais, ligados à saúde e segurança ocupacional, cuja origem é comum, pois atinge todos os empregados e ex-empregados da Brasilit, tendo como titulares um grupo de sujeitos determinados ou determináveis por uma relação jurídica, o que o classifica como direito coletivo em sentido estrito. É sabido que a legitimidade ativa do Parquet, quando do ajuizamento de ação civil pública na busca da defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, encontra fundamento na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ademais, a legitimação extraordinária do Ministério Público está inserida na Constituição Federal no artigo 129, inciso III, onde se lê que são funções institucionais do Ministério Público -promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos-. A Lei Complementar nº 75/93, que regulamen-

ta as atribuições do Ministério Público da União, trata especificamente das atribuições do Ministério Público do Trabalho, como se verifica do seu artigo 83, inciso III, que determina a competência do órgão para propor "ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos". O artigo 127 da Constituição Federal, dispõe que "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." A jurisprudência desta Corte também já se pacificou no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública, inclusive para a defesa de interesses coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Precedentes." (AIRR 190040-35.2004.5.08.0006, Ac, 2ª Turma, Rel. Min. JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA, DEJT 15/02/2013)

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MPT. No âmbito trabalhista, sempre que os trabalhadores de determinada empresa forem lesionados de forma coletivizada, os direitos que daí surgirem, embora divisíveis, terão uma origem comum, razão pela qual serão enquadrados na categoria de -individuais homogêneos-, podendo ser tutelados de forma individual ou coletiva. In casu, como se trata de pretensão envolvendo suposta lesão perpetrada pela Ré CREDICENTER contra seus estagiários e empregados, mostra-se incontestável a origem comum dos direitos trabalhistas tidos como violados, o que nos leva à sua classificação como direitos individuais homogêneos, conforme dispõe o art. 81, III, do CDC. Este colendo TST possui firme jurisprudência no sentido da legitimidade do MPT para a tutela de direitos individuais homogêneos por meio de ação civil pública, entendendo ser irrelevante para essa classificação o fato de o direito poder ser quantificado de forma diferenciada em relação a cada trabalhador. Precedentes." (AIRR 197500-59-2001-5-15.0014, Ac. 3ª Turma, Rel. Min. MAURICIO GODINHO DELGADO, DEJT 01/02/2013)

"RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONTRATAÇÃO POR COOPERATIVA. TRABALHADORES ESPECIALIZADOS. FRAUDE. A legitimidade do Ministério Público do Trabalho, na defesa de interesses individuais homogêneos, em ação civil pública, já está consagrada, na doutrina e na jurisprudência do c. Tribunal Superior do Trabalho e do e. Supremo Tribunal Federal. O Douto Ministério Público tem a legitimidade reconhecida, conforme previsão tanto na Constituição Federal, art. 127 c/c 129, inciso II, quanto na LC 75/93, que conferiu tal legitimidade para a defesa dos interesses difusos e coletivos na Justiça do Trabalho, sendo os interesses individuais homogêneos espécie de interesses coletivos lato sensu. Constatando-se a existência de fraude na contratação dos trabalhadores especializados por intermédio de cooperativa, é de se verificar que se encontra a matéria inserida naqueles direitos que visam a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que torna legitimado o Douto Ministério Público. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido." (RR–283400-87.2001.5.02.0073, Ac. 6ª Turma, Rel. Min. ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA, DEJT 07/12/2012).

Dessa forma, e sem embargo das considerações da empresa, afasto a preliminar devolvida.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE TRABALHADORES. TESTE DO POLÍGRAFO. LICITUDE. AUSÊNCIA. EFEITOS. A matéria de fato tratada no presente é gravada de incontrovérsia. A reclamada, empresa de transporte aéreo com sede nos Estados Unidos da América, e na condição de empresa vinculada à Federal Aviation Agency (FAA), realiza testes do polígrafo em trabalhadores que lhe prestam serviços em áreas consideradas capazes de comprometer a segurança da atividade, como embarque e desembarque de cargas ou passageiros, as áreas de segurança propriamente ditas e outras similares.

A r. sentença, acolhendo os argumentos da defesa, entendeu pela ausência de ilicitude no procedimento, compreensão secundada pelo ilustrado voto condutor. Em primeiro lugar é construída sólida proposição, segundo a qual o uso do aparelho, pela ausência de vedação no ordenamento jurídico, é legítimo, como qualquer outra condição posta para o exercício de diversas profissões. Já o segundo diz respeito à prevalência dos interesses de toda a sociedade, sob o aspecto da segurança dos passageiros, sobre aqueles cujos titulares são apenas determinado grupo profissional. A partir daí a eminente Relatora discorre sobre os fatos do processo e avalia as questões dele decorrentes.

De plano friso, com todo o respeito, que a tese posta por S. Exª aproxima-se, ainda que em alguns aspectos, da forma de interpretar e aplicar a Constituição por meio da técnica da ponderação. Há a clara dosagem de dois princípios e a eleição de um deles, pelo critério da relevância ou da supremacia, mas, data venia, entendo que esse método fragiliza a estrutura dos direitos fundamentais.

A Constituição, na realidade, ostenta a característica de uma verdadeira comunidade de princípios, em seu duplo aspecto. No primeiro, por agregá-los em um mesmo plano, ao lado de outras normas jurídicas, como as regras. E no segundo, de evidente importância para a matéria em debate, em virtude da necessária atuação concomitante desses princípios, sem que a realização de um importe, como premissa ou consequência, o abandono de outro. Esse caráter comunitário – e não comunitarista – impõe a consideração do feixe de princípios constitucionais (direitos fundamentais) como um todo, que apesar de operar no campo social em frequente tensão, são complementares e não auto-excludentes, inclusivos e simbióticos.

A discussão está centrada na colisão de direitos fundamentais e a forma de sua superação, sob o tom da argumentação jurídica em duas perspectivas. A primeira oferta o modelo da ponderação, como método de aplicação fundamentada dos princípios, o consequente afastamento do subjetivismo ou decisionismo, além de assegurar a prática universalista das decisões. Já o segundo propõe modelo aberto, fundado na coerência como núcleo dirigente da aplicação das normas, pois

apenas assim seria preservada a própria essência deontológica dos direitos fundamentais.

Segundo a primeira corrente, capitaneada por Robert Alexy, no universo normativo as regras são diferenciadas, qualitativamente, dos princípios. Estes deteriam estrutura dos valores, constituindo razões prima facie que compõe uma ordem elástica e moldável, ao passo que as regras dispõem, de forma definitiva, sobre determinada ação. Assim, o contraste entre as regras encerra o problema da validade, pois seria inadequado conceber a aplicação simultânea de duas delas em conflito, a um mesmo caso concreto.

Já os princípios, entendidos como mandados de otimização, encerram, pela sua própria natureza, a característica de comportarem cumprimento gradativo. A solução do impasse deve passar pelos critérios do grau de afetação e da importância dos princípios em conflito, estabelecendo-se, por meio da ponderação, a regra de precedência - ainda que de natureza condicionada, pois ela deve considerar os fatos relevantes ao caso concreto. A chamada lei da ponderação se propõe a ostentar validade abstrata, incidindo para superar o conflito entre quaisquer princípios. Trata-se de modelo racional de fundamentação, baseado em fórmula específica segundo a qual "quanto maior é o grau de recusa à satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro".

O segundo modelo, preconizado por Klaus Günther, elege a coerência como o critério a balizar a aplicação das normas, a qual emergiria da relação de equilíbrio entre o juízo do aplicador e os princípios, como forma de viabilizar a adequada realização destes últimos. Fixando como premissa a dinâmica social, e a consequente impossibilidade da manutenção, no tempo, de esquemas predeterminados para a aplicação do direito, giza a necessária distinção entre os discursos de justificação e o da aplicação. Enquanto o primeiro revela a aferição de validade na norma, pressupondo a inalterabilidade das condições inerentes aos seus fundamentos, o discurso de aplicação deve atuar na seara das diferenças relevantes - entre a situação analisada e as próprias condições que suportam tal validade. A proposta tem o objetivo de possibilitar, e não assegurar, a imparcialidade das decisões judiciais, que em última análise delineia a dimensão concreta dos princípios.

Nega a distinção prévia da estrutura entre princípios e regras, para o efeito de sua aplicação, pois é nessa própria atividade que haverá tal definição - fratura, assim, o conceito de designação ou semântico da norma. Em ambas as hipóteses o procedimento pressupõe o exercício de juízo de adequabilidade prévio, para aferir a natureza da questão. Seguir-se-á a determinação dos elementos fáticos relevantes e a descrição normativa deste contexto, quando a norma for aplicada como regra. Por outro lado, e segundo aquele juízo antecedente, a questão poderá impor a descrição completa do discurso de aplicação e das normas inerentes, daí ressaindo aquela adequada à espécie - a colisão, pois, não é superada na esfera abstrata, de acordo com determinado modelo prévio de fundamentação.

Cotejando ambas as proposições, afloram as suas distinções básicas. Há a pronunciada tentativa de sistematização, por parte da primeira, para o tratamento dos direitos fundamentais em colisão, ao passo que a segunda delas, de forma mais aberta, apresenta a argumentação jurídica da coerência, como meio de compatibilizar o núcleo dos princípios com o método capaz de abrir espaço para a sua concretização.

Aqui ouso acompanhar a compreensão de que os direitos fundamentais constituem fruto das diferenças, e não das identidades. A observação histórica das práticas sociais estampa cenário prenhe de conflituosidade – como esclarece Michel Foucault, a história da humanidade é uma história de guerras. Logo, o consenso básico a amparar o reconhecimento dos princípios, como categoria normativa, está assentado na administração da diversidade. E o método a dirigir os critérios da adequabilidade há, necessariamente, de estar jungido a tal essência, sob o efeito da perda da eficácia de tais direitos. Ora, a própria ideia de graus de afetação contrasta com o entendimento geral sobre os princípios, comprometendo a sua efetividade.

Estando a base dos princípios assentada na prática democrática, a sua adequada aplicação deve seguir os parâmetros traçados pela discursividade, composta pelo conteúdo do discurso em si, além do procedimento destinado a garantir a comunicação, alcançando assim o que é denominado de aceitabilidade racional. É a construção democrática ou participativa do direito, sem a qual haverá a clara abertura para o império do arbítrio. A adoção de um método como critério da verdade, como propõe a primeira corrente, é pela sua natureza dissociada desse panorama, porquanto reduz a atividade ao monólogo, sujeito inclusive a concepções estranhas ao universo jurídico.

Sob o ângulo do resultado, a crítica ao método da ponderação desnuda a sua inconveniência, pois construções de tal jaez abandonam a trilha deontológica, em favor da teleológica, possibilitando o reconhecimento de gradações infensas à natureza dos direitos fundamentais.

Tecidas essas breves considerações, e abandonando o aparente conflito entre as garantias da segurança pública e a da dignidade e da intimidade das pessoas – porque ele não existe no caso concreto -, passo a enumerar algumas questões de interesse para o adequado desfecho da causa.

Em primeiro lugar, o polígrafo é aparelho incapaz de cumprir os seus objetivos, pois ele é falível e com elevado potencial de tornar-se elemento de discriminação, obstando o acesso ao emprego. A mesma autora citada no voto condutor – a eminente Magistrada Alice Monteiro de Barros Monteiro - assim esclarece, ao tratar do tema sob o prisma do direito internacional, in verbis:

"O Repertório de Recomendações Práticas sobre Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores elaborado pela OIT, no item 6.11, dispõe que as provas de personalidade ou exames análogos deverão efetuar-se de acordo com as disposições nele contidas, sob a condição de que o trabalhador tenha a possibilidade de rechaçá-los, isto é, recusar-se a submeter-se a eles" (op. cit).

Mais adiante ressalta as posições de países como o Canadá e a França, os quais afastam a aplicação do teste, o qual consistiria em "técnica forçada de transparência" (eadem). E até mesmo traz à colação a Lei de 1988, que nos Estados Unidos da América considerou ilegal a sua utilização, ressaltando a redução da prática em até 85% (oitenta e cinco por cento) no país, por parte das empresas privadas.

Em matéria publicada no jornal Washington Post, em 1 de abril de 1998 (pág. A01 ou http://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/supcourt/stories/wp040198.htm), é noticiado o julgamento, pela Suprema Corte, do processo United States versus Scheffer, onde foi claramente pronunciada a falibilidade do polígrafo e a sua inadequação como meio de prova judicial. Em seu teor é extraível que apenas um dos estados que compõem a federação norte-americana – o Novo México – aceita o uso do equipamento sem qualquer restrição, mas em sua extensa maioria a proibição é a regra geral.

Fixada tal premissa, não logro divisar o mínimo e razoabilidade em submeter trabalhadores ao referido teste, precisamente porque ele não se presta aos fins colimados. Logo, a conduta da reclamada cria, sob o prisma do acesso ao emprego e a sua própria manutenção, obstáculo despido de eficiência, fraturando, assim, direito fundamental das pessoas – os que para ela trabalham, e todos aqueles que, no futuro, pretenderem fazê-lo.

Nesse contexto, e apenas pelo primeiro ângulo de análise entendo, com todo o respeito ao voto condutor, que a empresa pratica ato ilícito. Pontuo, ainda, que a prova dos autos é clara, no sentido de ser o teste condição essencial para a admissão de empregados em determinadas áreas, e a recusa do candidato resulta na sua exclusão, ao menos na área pretendida. Assim consta do depoimento do preposto, ad litteram:

"Que todos os contratados para a área de segurança tiveram que fazer o teste de polígrafo. Que o teste somente é feito para o pessoal da área de segurança. Que em caso de recusa o candidato pode ser contratado para outra área diversa da segurança." (sic, fl. 456)

Ora, consideradas as peculiaridades do segmento de atuação da empresa, e a especialização da mão de obra que lhe é inerente, esse aproveitamento em setor distinto daquele pretendido pelo candidato é insólito, ou quando menos ocasional, conforme declara a última testemunha ouvida. De toda sorte, a pessoa não pode recusar a submissão ao teste e obter o emprego no setor que almeja, daí aflorando a clara atitude discriminatória.

Por outro lado, as perguntas formuladas aos candidatos invadem a sua esfera íntima, pois tratam de questões como a internação em hospitais, o consumo de álcool ou drogas, antecedentes criminais e até mesmo indagações sobre a honestidade, o que não se me afigura admissível. A título ilustrativo trago à colação dois arestos do TST, in verbis:

"DANO MORAL CONFIGURADO. TESTE DO POLÍGRAFO. EMPREGADO DO SETOR DE SEGURANÇA DA EMPRESA AMERICAN AIRLINES.

O polígrafo, o popular detector de mentiras, não é adotado em nosso ordenamento jurídico, visto que, além da eficácia duvidosa, viola princípio fundamental assegurado na Constituição da República, no caso, o de -não produzir provas contra si-. Além do mais, quando submetido ao polígrafo, suprime-se do empregado a identidade de trabalhador, uma vez que passa a ser objeto da atenção do empregador pela potencialidade que a empresa lhe atribui de servir como porta de entrada para algum fato criminoso, terrorista ou outro do gênero. Não bastasse, o acesso às informações íntimas contidas no fisiológico do trabalhador afronta o direito de preservação da intimidade. Em razão da hipossuficiência que é característica geral do empregado e da tensão social que sobre ele recai, decorrente do fantasma do desemprego e da alucinante concorrência que existe entre os que estão empregados e a massa de desempregados, falta ao trabalhador a liberdade de se autodeterminar e de se impor contra os atos atentatórios à sua pessoa promovidos pelo empregador, porquanto visa a proteger um bem maior, no caso, a própria sobrevivência e de sua família, e, portanto, sem alternativa, tem de sacrificar sua dignidade até onde suportar. Por esse motivo, afigura-se temerária qualquer conclusão no sentido de que o autor consentia espontaneamente em submeter-se ao detector de mentiras. O uso do polígrafo, assim, além de se tratar de equipamento em extinção em vários países, por ser incompatível com o direito das pessoas, viola, no Direito brasileiro, diversas garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, configurando ineludível afronta à intimidade do trabalhador. Recurso de revista conhecido e provido." (Processo: RR - 73500-44.2002.5.02.0036 Data de Julgamento: 22/11/2010, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/02/2011).

"RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL DECORRENTE DE SUBMISSÃO DE EMPREGADA A TESTES DE POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS). A submissão de empregados a testes de polígrafo viola sua intimidade e sua vida privada, causando danos à sua honra e à sua imagem, uma vez que a utilização do polígrafo (detector de mentiras) extrapola o exercício do poder diretivo do empregador, por não ser reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro o mencionado sistema. Assim, in casu, compreende-se que o uso do polígrafo não é indispensável à segurança da atividade aeroportuária, haja vista existirem outros meios, inclusive mais eficazes, de combate ao contrabando, ao terrorismo e à corrupção, não podendo o teste de polígrafo ser usado camufladamente sob o pretexto de realização de "teste admissional" rotineiro e adequado. Além disso, o uso do sistema de polígrafo assemelha-se aos métodos de investigação de crimes, que só poderiam ser usados pela polícia competente, uma vez que, no Brasil, o legítimo detentor do Poder de Polícia é unicamente o Estado. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido." (Processo: RR - 28140-17.2004.5.03.0092 Data de Julgamento: 10/03/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/05/2010)

Entendendo, pois, que a conduta da recorrida viola o direito fundamental da dignidade das pessoas, o da intimidade e, em especial, o do livre acesso ao emprego e à subsistência digna, reconheço a ofensa aos arts. 1º, incisos II, III e IV; 5º, caput e incisos II e X, da CF, a ela imponho a obrigação de reparar o dano.

Dou provimento ao recurso.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LESÃO COLETIVA. CESSAÇÃO. PROVIDÊNCIAS. Reconhecida como antijurídico o procedimento da empresa, a consequência imediata reside na sua necessária cessação (art. 12 do CCB). Logo, procede o pedido da emissão de ordem inibitória, para que a parte ofensora não mais exija dos trabalhadores que lhe prestem serviços, direta ou indiretamente, a submissão ao teste do polígrafo sob qualquer circunstância, seja para a admissão ou, ainda, com vistas à alteração de setor de trabalho.

Para assegurar o cumprimento da obrigação efetivamente mostram-se cabíveis as duas providências almejadas pelo autor, quais sejam, o estabelecimento de cominação pecuniária e a divulgação dessa nova forma de relacionamento que será inaugurada no ambiente de trabalho. Assim, caso descumprida a ordem inibitória a reclamada arcará com o pagamento da importância equivalente a R$ 10.000,00 (dez mil reais) por cada evento, enquanto na segunda hipótese, e ocorrendo a sua contumácia, imponho a satisfação do valor de r$ 1.000,00 (um mil reais) por cada dia de resistência.

Em ambos as hipóteses fixo o prazo máximo de 30 (trinta) dias para o cumprimento das medidas, comando extraído do art. 461 do CPC.

Dou parcial provimento ao recurso.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. INDENIZAÇÃO. Acena o autor com o efeito coletivo da lesão causada pela empresa, sob o ângulo do dano moral imposto à sociedade.

Houve o claro desrespeito, por parte do empregador, das normas destinadas a garantir condições mínimas de acesso e permanência no emprego. A afronta ao ordenamento jurídico fere o patrimônio imaterial de toda a sociedade, que é formada – como não poderia deixar de ser – pelos princípios dirigentes extraídos de sua constituição. E mais, no aspecto em análise a atitude comissiva da empresa, gerada diretamente pela sabida ineficácia do equipamento que utiliza como critério de admissão e movimentação de trabalhadores, feriu aspecto relevante desse núcleo central, que é o direito ao trabalho e à intimidade.

Incumbia ao Ministério Público produzir prova dos pressupostos fáticos necessários à configuração do dano, e tal encargo foi implementado satisfatoriamente, demonstrando a prática de ato potencialmente lesivo à dignidade da pessoa. Acrescento, por oportuno, que em se tratando de dano moral é desnecessária a prova da existência de prejuízo ou sofrimento concretos, bastando apenas a da prática de ato capaz de produzir tal efeito, segundo o padrão médio de normalidade, como orienta a jurisprudência pacífica do STJ (v. g., REsp-52842/94-RJ, Ac. 3ª Turma, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 27/10/97; REsp-53729/94-MA, Ac. 4ª Turma, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJ de 23/10/95). Tal compreensão ganha especial relevância na hipótese de dano moral coletivo, quando toda a sociedade é alcançada e prejudicada pela conduta ilegal do infrator. A moral coletiva é autônoma e independente, estando desatrelada daquela inerente a cada um dos indivíduos.

Rememoro que as ações coletivas demandam um olhar diferenciado dos operadores de direito e dos cidadãos, em cotejo com as ações individuais. Aqui não se cogita de indenizar os trabalhadores por danos a seu patrimônio imaterial; o interesse em lide ultrapassa a esfera meramente individual das pessoas diretamente lesadas.

A ofensa está situada na esfera dos denominados interesses transindividuais, razão pela qual o objetivo é impor sanção, isto é, onerar pecuniariamente o infrator de modo tal a dissuadi-lo de praticar tais irregularidades, que ofendem toda a sociedade. Busca-se assim desestimular novas lesões e compensar os efeitos negativos decorrentes do desrespeito aos bens mais elevados do grupamento social.

Nesse sentido caminha a jurisprudência do TST, conforme revela precedente cuja ementa reproduzo, in verbis:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. REPARAÇÃO. POSSIBILIDADE. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DOS TRABALHADORES RURAIS DA REGIÃO. Não resta dúvida quanto à proteção que deve ser garantida aos interesses transindividuais, o que encontra-se expressamente delimitado no objetivo da ação civil pública, que busca garantir à sociedade o bem jurídico que deve ser tutelado. Trata-se de um direito coletivo, transindividual, de natureza indivisível, cujos titulares são os trabalhadores rurais da região de Minas Gerais ligados entre si com os recorrentes por uma relação jurídica base, ou seja, o dispêndio da força de trabalho em condições que aviltam a honra e a dignidade e na propriedade dos recorridos. Verificado o dano à coletividade, que tem a dignidade e a honra abalada em face do ato infrator, cabe a reparação, cujo dever é do causador do dano. O fato de ter sido constatada a melhoria da condição dos trabalhadores em nada altera o decidido, porque ao inverso da tutela inibitória que visa coibir a prática de atos futuros a indenização por danos morais visa reparar a lesão ocorrida no passado, e que, de tão grave, ainda repercute no seio da coletividade. Incólumes os dispositivos de lei apontados como violados e inespecíficos os arestos é de se negar provimento ao agravo de instrumento. (AIRR-561/2004-096-03-40, Ac. 6ª Turma, Rel. Min. ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA, DJ de 19/10/2007).

No que tange ao valor da indenização, gizo que muito embora o art. 186, do CCB, faça menção expressa à figura do dano moral, deixou de disciplinar os respectivos princípios e, especialmente, os efeitos das ofensas aos direitos da personalidade. Lacuna que, há muito e em termos mais genéricos, é apontada pela doutrina, entendendo que na atualidade a enunciação dos fundamentos dos direitos humanos é excessiva, ao passo que a sua proteção é incipiente (BOBBIO).

De qualquer forma cabe ao julgador, fundado nas máximas de experiência e balizado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, avaliar a extensão do dano e fixar a correspondente indenização, sem que para este alcance tenha que passar por operações aritméticas. Estas são próprias à aferição dos danos de ordem material, hipótese diversa da tratada nos autos.

A parte ofensora incorreu em culpa moderada, conclusão que alcanço também reconhecendo a existência de dissenso jurisprudencial sobre a matéria – curiosamente

no Brasil, e não em seu país de origem. Logo, levando em conta a extensão do dano, que é severa, e o grau de culpa, aliado aos demais parâmetros já descritos, provejo o recurso do autor e arbitro a indenização em tela no montante por ele requerido, qual seja, R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

No que tange ao destinatário da indenização – que deve ser a sociedade – entendo que a costumeira indicação do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT deixou, há muito, de atingir seu objetivo. A verba, em ordem a alcançar o seu desiderato específico, há de ser direcionada de forma tal a permitir a ampla visibilidade de seu caráter reparatório. Assim, determino que o valor objeto da condenação seja depositado em juízo e gerido conjuntamente com o autor, de sorte a ser aplicado em instituições beneficentes capazes de utilizá-lo de forma adequada.

Pontuo, para os fins de direito e em virtude das considerações tecidas, a ausência de potencial ofensa à literalidade dos arts. 186, 187, 884, 927, 944 e 970, do CCB; 333, incisos I e II, do CPC, 818, da CLT e 5º, incisos V e X, da CF.

SUCUMBÊNCIA. INVERSÃO. Provido, em parte, o recurso ordinário, imponho à ora recorrida o recolhimento das custas processuais, no importe de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), calculadas sobre R$ 1.000,000,00 (um milhão de reais), valor arbitrado à condenação.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso, rejeito a preliminar devolvida e no mérito dou-lhe parcial provimento, condenando a empresa a abster-se de realizar testes de polígrafo nos trabalhadores e divulgar essa situação no local de trabalho, sob o efeito de arcar com o pagamento dos valore fixados, além de pagar indenização por dano moral coletivo, tudo nos estritos termos da fundamentação.

Acórdão

ACORDAM os Desembargadores da Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, em Sessão Ordinária, à vista do contido na certidão de julgamento (fl. retro), aprovar o relatório, conhecer do recurso, rejeitar a preliminar e, no mérito, por maioria, dar-lhe parcial provimento, para condenar a empresa a abster-se de realizar testes de polígrafo nos trabalhadores e divulgar essa situação no local de trabalho, sob o efeito de arcar com o pagamento dos valore fixados, além de pagar indenização por dano moral coletivo, no importe de R$1.000.000,00 (hum milhão de reais), nos termos do voto do Desembargador Revisor que redigirá o acórdão. Vencidos os Desembargadores Relator e Revisora que negavam provimento e ainda, o Desembargador Brasilino Santos Ramos em relação aos valores fixados a título das multas. Juntará voto vencido o Desembargador Relator.

JOÃO AMÍLCAR
Desembargador do Trabalho

Processo: 00938-2013-010-10-00-5-RO

Ementa: "EMPREGO EM COMISSÃO". REQUISITOS. NÃO CUMPRIMENTO. CONSEQUÊNCIAS. A regra do art. 37, II e V, da CR objetivou a moralização das contratações no âmbito da Administração Pública, por isso não previu a existência de "emprego em comissão". Não obstante, prevalece o entendimento de que as funções de direção, chefia e assessoramento podem ser providas por meio do "emprego em comissão", desde que tenham sido criados por lei, por isso não se admite a legalidade da criação de "empregos em comissão" por decretos ou outros instrumentos normativos de hierarquia inferior. A Lei n.º 10.972/2004 que autorizou a criação da reclamada previu expressamente a contratação mediante concurso público, mas não autorizou criação de empregos em comissão por decreto, nem poderia fazê-lo, em face da norma constitucional vigente, logo, não há falar em criação de empregos em comissão pelo Decreto n.º 3.735/2001. Referida conclusão apresenta maior relevo quando os "empregos em comissão" não se restringem às atividades de direção, chefia e assessoramento, mas abrangeram também funções técnicas e administrativas. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. REQUI-

SITOS. A criação indevida de "empregos em comissão" atinge a sociedade, porque frustra o direito constitucional de acesso ao emprego público, portanto, transcende ao mero aspecto individual. No dano moral puro não se exige prova do resultado danoso, mas tão somente dos fatos que o fizeram emergir. Comprovação da atuação incorreta da empresa pública na criação ilegal de "empregos em comissão", caracterizado está o dano moral coletivo. Recursos conhecidos. Não provido o recurso da reclamada e provido parcialmente o do reclamante. Ressalva do entendimento da Relatora quanto à legalidade do "emprego em comissão" na Administração Pública.

Relatório

Trata-se de recursos ordinários contra decisão proferida pelo Excelentíssimo Juiz Carlos Augusto de Lima Nobre, da 10ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, que julgou procedentes em parte os pedidos formulados.

Aos embargos declaratórios opostos pelas partes foi dado provimento ao da reclamada apenas para prestar esclarecimentos e provido os do reclamante para sanar a omissão apontada, ratificando a antecipação dos efeitos da tutela, conforme decisão de fls. 355/356.

Recorre a reclamada pretendendo a reforma do julgado quanto ao reconhecimento de nulidade dos empregos em comissão.

Recorre a autora postulando a reforma da sentença para que a nulidade dos "empregos em comissão" abranja todos os contratos em violação à lei, bem como a condenação da reclamada à indenização por dano moral coletivo.

Contrarrazões pelas partes às fls. 393/401 e 404/417.

A União postulou às fls. 426/428 a sua intervenção no feito na condição de assistente simples da reclamada. O pedido foi deferido à fl. 430, nos moldes do artigo 50, parágrafo único do CPC.

A União apresentou novo requerimento para ser admitida como assistente (fls. 435/436), o qual foi considerado prejudicado em razão do deferimento anterior.

Voto

I – ADMISSIBILIDADE

Os recursos são tempestivos e regulares.

O valor da causa supera o dobro do mínimo legal e há sucumbência.

As custas processuais e o depósito recursal foram regularmente recolhidos conforme documentos de fls. 375/376.

As partes e o assistente simples estão regularmente representadas à fl. 226, e na forma da Súmula nº 436, do TST.

Em contrarrazões o reclamante suscita preliminar de não conhecimento do recurso ordinário da reclamada, ao argumento de falta de interesse recursal e ausência de sucumbência.

O juízo de origem, ao integrar a sentença pela decisão dos embargos declaratórios afastou da declaração de nulidade das contratações de "empregos em comissão", os cargos de direção, chefia e assessoramento.

Logo, a condenação à obrigação de não fazer em razão da nulidade dos contratos apenas se dirigiu aos que exercem "emprego em comissão" em atribuições técnicas ou administrativas.

Nas razões recursais da reclamada se insurge contra a decisão, renovando a alegação acerca da legalidade dos referidos contratos. Com efeito, a reclamada aludiu à decisão que antecipou os efeitos da tutela, bem como mencionou a exceção feita aos cargos de direção, chefia e assessoramento.

Contudo, a matéria de fundo de suas razões recursais é justamente a pretensão da declaração de nulidade dos referidos contratos de "empregos em comissão" não inseridas nas atividades de direção, chefia e assessoramento. A situação mais se avulta quando se verifica que o pedido recursal foi formulado para se declarar válidos "todos os empregos comissionados presentes na estrutura organizacional da estatal recorrente" (fl. 374). Por consequência, não se há falar em ausência de sucumbência ou falta de interesse recursal. Rejeito a preliminar suscitada.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade dos recursos, deles conheço.

II - MÉRITO

1. RECURSOS DO RECLAMANTE E DA RECLAMADA

1.1 "EMPREGO EM COMISSÃO"

A reclamada postula a reforma da decisão que declarou a nulidade dos contratos vigentes em seu quadro, pactuados por meio dos denominados "empregos em comissão", e o faz renovando os argumentos de legalidade dos referidos empregos.

O reclamante pretende que a declaração de nulidade dos "empregos em comissão" abranja todos os contratos existentes na empresa, em razão da ausência de lei autorizadora da criação dos referidos empregos, inclusive para aqueles exercidos nas atividades de direção, chefia e assessoramento.

O art. 37, II, da CR determina que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

Como se vê, para ingresso no serviço público, em cargo ou emprego, é necessário o concurso público prévio. A única ressalva do artigo diz respeito aos cargos em comissão, na forma da lei. Considerando os termos do dispositivo, verifica-se que a Constituição não previu a figura do emprego em comissão.

Não bastasse isso, o art. 37, V, da CR é expresso ao prever que as funções de confiança devem ser destinadas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo e que "os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira no casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento" (Não há sublinhado duplo no original).

As expressões "cargo público" e "emprego

público" não são sinônimas. A diferença entre elas é verificada no regime jurídico que as definem. O ocupante de um cargo público mantém uma relação jurídica estatutária, ao passo que o ocupante de um emprego público se relaciona por meio de um contrato de emprego. O fato de a CLT utilizar o vocábulo "cargo" em alguns dos seus dispositivos, em nada altera a conclusão apresentada, apenas revela impropriedade do legislador.

A norma do art. 37, II e V, da CR visou a moralização do serviço público, por isso restringiu a utilização de cargos comissionados de livre nomeação e exoneração e não previu a figura do "emprego em comissão".

Não havendo previsão constitucional para a criação de empregos em comissão, reveste-se de ilegalidade e inconstitucionalidade a atuação das integrantes da Administração Indireta que criam empregos em comissão, porque este deve ser objeto de lei.

Em face do exposto, são ilegais e inconstitucionais todas as contratações para emprego em comissão feitas pela Administração Indireta.

Não obstante, prevalece o entendimento de que é possível a existência de "emprego em comissão", para as funções de direção, chefia e assessoramento, desde que tenham sido criados por lei, em sentido estrito.

Dessa forma, não se admite a criação de "empregos em comissão" por meio decretos. A propósito, o art. 1º, I e III do Decreto 3.735/2001 cuida a alteração dos PCCS e da alteração da remuneração dos "cargos comissionados", não autorizando, portanto, criação de emprego em comissão. Aliás, pela sua hierarquia, o decreto não pode contrariar o texto constitucional e por isso, ainda que se referisse a "emprego em comissão", não autorizaria sua criação.

A criação da Hemobrás foi autorizada pela Lei nº 10.972/2004, a qual não previu a criação de empregos sem concurso público. Ao contrário, em seu art. 8º estabeleceu que "O regime de pessoal será o da Consolidação das Leis do Trabalho, condicionada a contratação à prévia aprovação em concurso público". No mesmo sentido o art. 32 do Estatuto da reclamada.

Diante do que consta, expressamente, do art. 8º, da Lei 10.972/2004, por óbvio não prevalece o entendimento de que o art. 7º, da lei referida estaria a autorizar contratação sem concurso público.

O Estatuto da Hemobrás foi aprovado pelo Decreto nº 5.402/2005, o qual não pode criar empregos em comissão, nos exatos termos dos arts. 37, II e V, da CR, porque essa criação só pode ser feita por lei. A criação da estrutura da empresa está autorizada pela Lei 10.972/2004, contudo, a autorização de contratação de diretores mediante indicação de Ministros de Estado, além de superar os limites impostos pela lei que criou a Hemobrás, não atende ao disposto na Constituição da República.

A decisão citada em recurso está superada pela jurisprudência atual do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, portanto, inapta ao acolhimento da pretensão da recorrente.

Uma vez que os empregos em comissão de direção, chefia e assessoramento devem

ser criados por lei, que os decretos e atos ministeriais são instrumentos de hierarquia inferior, a alegada "autorização ministerial para a criação de empregos comissionados" não apresenta aptidão jurídica para tornar legal o procedimento, logo, não justifica o acolhimento da pretensão da reclamada. Pelos mesmos motivos, eventual aquiescência do DEST com o procedimento não o torna legal.

A alegação de que tais cargos foram criados para atender "demanda pontual" não pode ser acolhida, em face do vício de origem.

Não há no Decreto n.º 5.405/2005 nenhum dispositivo acerca da criação de empregos, e nem poderia haver, em razão da natureza jurídica da espécie normativa. A lei que autorizou a criação da Hemobrás não dispôs acerca de criação de emprego em comissão.

Em suma, o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão não tem competência para determinar ou autorizar criação de emprego público, estando expressamente rejeitadas as alegações recursais nesse sentido.

Acerca da necessidade de lei para autorizar a contratação de "emprego em comissão":

"ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPREGO EM COMISSÃO. VALIDADE. REQUISITOS. Os arts. 450 e 499, § 2º, da CLT, preveem a existência de emprego de confiança ou em comissão, isto é, desvinculado daqueles de caráter permanente. Ausência de antinomia, em tese, com o art. 37, inciso II, in fine, da CF, cuja exceção deve considerar também o princípio da eficiência (caput) e o regime previsto no seu art. 173, § 1º, inciso II. Todavia, a conformidade constitucional da admissão, para o exercício de emprego em comissão, tem como suporte a sua criação por meio de lei, que o declarará de livre designação e dispensa, além dos parâmetros delineados pelo art. 37, inciso V, da CF, com a redação dada pela EC nº 19/1998. Inobservados tais limites, incide a compreensão da Súmula 363 do TST, e de toda sorte, à vista na natureza precária do emprego, não há falar no direito ao recebimento de aviso prévio e da indenização prevista no art. 18, § 1º, das Lei 8.036/1990." (RO-00897-2011-018-10-00-6, Ac. 2ª Turma, Rel. Des. João Amílcar, DEJT, 9/3/2012).

O Tribunal Superior do Trabalho também se manifesta nessa direção entendendo que os "empregos em comissão" somente podem ser criados por lei, conforme o seguinte aresto:

"RECURSO DE REVISTA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. EMPREGO EM COMISSÃO. CRIAÇÃO AUTORIZADA POR LEI. NECESSIDADE. A empresa reclamada é uma sociedade de economia mista, cuja criação, ao teor do art. 37, XIX, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC-19/1998, depende de autorização em lei específica. Por ser uma sociedade de economia mista, está sujeita ao regime jurídico próprio da iniciativa privada, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas (art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal), encontrando-se seus empregados sob o regime da CLT, que não prevê, de forma específica e clara, entre as modalidades do contrato (art. 443), o 'emprego em comissão'. A Constituição Federal, por sua vez, dispõe que 'a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de

provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração' (art. 37, II, da CF). A Constituição da República faz expressa distinção entre cargo (regido pelo estatuto próprio de natureza administrativa) e emprego público (regido pelas regras gerais típicas da iniciativa privada - CLT), mas exige a prévia aprovação em concurso para investidura em ambos e, ao fazer a ressalva, não menciona emprego em comissão, cogitando apenas de cargo público. Nesse contexto, percebe-se que não há, no direito positivo, previsão de emprego público em comissão, donde se conclui que se trata de uma criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, que o instituem em seus regulamentos, nos moldes dos cargos em comissão previstos na administração direta. A necessidade de haver espaço para que outras pessoas, além dos empregados públicos stricto sensu, isto é, aqueles ocupantes de empregos permanentes, exerçam funções de direção, chefia e assessoramento, uma vez que conclusão oposta imobilizaria as perspectivas gerenciais e a otimização das atividades próprias das sociedades de economia mista, é uma realidade. Não obstante, faz-se necessário a observância de determinados requisitos, estes extraídos da própria Carta Magna, entre os quais o de que os empregos em comissão sejam criados por lei. O quadro fático apresentado na decisão recorrida mostra que o emprego em comissão não foi criado por lei, o que demonstra a clara intenção de burlar a exigência de concurso público. Incidência da Súmula n.º 363 do TST. Recurso de revista a que se dá provimento." (TST-RR-95600-42.2008.5.10.0009, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 6/7/2012).

O artigo 62, da CLT, excetua do Capítulo que trata da jornada de trabalho os empregados que exercem cargo de gestão. O parágrafo único do mesmo dispositivo determina a aplicabilidade do inciso II, aos empregados que recebem gratificação acrescida de 40% da remuneração. Logo, não se relaciona com a hipótese destes autos.

O artigo 224, § 2º, da CLT, estabelece jornada e remuneração diferenciada para o empregado bancário que exerce função de direção, gerência, chefia e equivalentes, tema que não se aplica à hipótese dos autos, porque a reclamada não é instituição bancária. Referido dispositivo também não autoriza contratação sem concurso público, nem criação de emprego em comissão.

Os arts. 450 e 469, § 1º, da CLT, tratam da ocupação de "emprego em comissão" por empregado. Ou seja, para ocupar o emprego em comissão tem que ser empregado. Para ser empregado tem que ser concursado. Resumo: quem não é concursado não pode exercer emprego em comissão.

O art. 499, da CLT se refere ao empregado que possui "estabilidade decenal", instituto extinto desde a promulgação da Constituição em 1988. Referido artigo se limitou a estabelecer que os empregados que ocupam as funções de diretoria, gerência ou outra de confiança não adquiria a estabilidade celetista (art. 492, da CLT). Como se vê, tal dispositivo não se relaciona com o tema em debate e não autoriza a pretensão da empregadora.

Os arts. 62, II, 224, § 2º, 450, 469, § 1º e 499, da CLT, preveem a ocupação de emprego em comissão por aquele que detém a condição de "empregado". Para ser empregado de empresa pública a pessoa precisa se submeter ao concurso. Logo, referidos dispositivos não autorizam a criação de "empregos em comissão" no âmbito da administração pública indireta, portanto, em nada alteram as conclusões apresentadas. Incólumes os dispositivos referidos.

O entendimento do TCU acerca da validade da criação de "emprego público" sem necessidade de lei, não autoriza a inobservância do texto constitucional pela empresa pública. Nesse sentido, impende ressaltar que as decisões proferidas pelo TCU não vinculam o Poder Judiciário, razão pela qual as transcrições dos julgados daquele Órgão não alteram as conclusões já esposadas.

Não havendo lei que crie os referidos "empregos em comissão", a criação de tais empregos e as contratações para o preenchimento de tais empregos são nulas de pleno direito, porquanto evidenciam objetivo de fraudar a lei. Nem mesmo as contratações para os cargos de direção, chefia e assessoramento podem ser consideradas legais, porquanto o vício de origem (ausência de lei) precede a esta exceção.

As alegações recursais no sentido de que a contratação de "empregos em comissão" ocorreu por autorização do Ministério do Planejamento, sob a condição de "essas funções fossem sendo gradativamente substituídas por empregados concursados" (fl. 372, § 1º), não alteram as conclusões já esposadas, porque referido Ministério não está acima da norma constitucional, não pode atuar contra disposições constitucionais expressas.

Em síntese, eventuais "empregos em comissão" devem ser criados por lei, com reserva de percentuais para os ocupantes de emprego efetivo, nos moldes do art. 37, II e V, da CR. Não observados os ditames constitucionais da criação do "emprego em comissão", não se pode legitimar a criação de "empregos em comissão", nem as nomeações respectivas.

Dessa forma, nego provimento ao recurso da reclamada e dou provimento parcial ao recurso do reclamante para:

a) reconhecer a nulidade de todos os contratos de trabalho dos ocupantes de "empregos em comissão" com atribuições de direção, chefia e assessoramento, promovendo o seu afastamento em seis meses contados da publicação desta decisão, sob pena de multa de R$10.000,00, referente a cada empregado mantido no emprego em desacordo com essa decisão;

b) determinar que a Hemobrás se abstenha de admitir quaisquer trabalhadores a título de "emprego em comissão" com atribuições de direção, chefia e assessoramento, sem autorização de lei, ficando estipulada a multa de R$10.000,00 por cada trabalhador contratado em desacordo com esta decisão, reversível para o FAT.

Recurso parcialmente provido nestes termos.

2. RECURSO DO RECLAMANTE

2.1 INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO

O recorrente pretende a reforma do julgado para condenar a reclamada à indenização por dano moral coletivo a ser destinado ao

FAT. Argumenta que a ofensa à determinação constitucional por empresa estatal, da exigência de concurso público para acesso aos empregos públicos é fato gerador suficiente à reparação da coletividade mormente por se tratar de conduta reiterada da Hemobrás.

Diferentemente do dano moral individual em que é atingida pessoa determinada, o dano moral coletivo é aquele que atinge toda a coletividade. Quando várias pessoas são atingidas pelo mesmo ato, seja o número determinável ou não, estamos na presença de dano moral coletivo. Assim, toda vez que estivermos diante de lesão da esfera moral de uma coletividade, estaremos na presença de dano moral coletivo.

A coibição de condutas caracterizadoras de danos morais coletivos é de interesse público, daí porque o Ministério Público do Trabalho deve atuar na prevenção e repressão de tais condutas, o que significa proteção da sociedade e dos cidadãos, mas também evitando a efervescência de danos morais individuais.

Tal como ocorre com o dano moral individual, o dano moral coletivo também encontra seu fundamento na Constituição da República, seja no art. 1.º, II, III, 3.º, I, II e IV e 4.º, II, seja nos artigos 5.º, V.

Dos dispositivos citados no parágrafo anterior emergem claros fundamentos da nossa nação (cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa), seus objetivos (construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem comum e o combate aos preconceitos de quaisquer origens), bem como a política internacional de prevalência dos direitos humanos, evidenciando que o ser humano deve ser respeitado não só individualmente, mas também coletivamente.

A legislação ordinária prevê a possibilidade de reparação do dano moral coletivo, a teor do art. 6.º, VI, da Lei n.º 8.078/90. A defesa coletiva pode ser de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como se vê do art. 81 da Lei n.º 8.078/90, isso significa que o fato de ser determináveis as pessoas atingidas, não impede a defesa coletiva do direito envolvido.

O dano moral puro não se prova, bastando que se faça a prova dos fatos que embasam o pedido. Dessa forma, basta a prova dos fatos que o fizeram emergir. Quando o prejuízo transcende a esfera individual, ocasionando sentimento de repulsa por parte da sociedade, caracterizado está o dano moral coletivo. Nesse sentido, a Lei da Ação Civil Público e o Código do Consumidor.

É incontroversa nos autos a contratação pela recorrida de empregados em comissão, sem a devida criação por lei (art. 37, II e V, da CR), o que atinge a sociedade de forma geral, porque suprime as oportunidades de concurso para ocupação dos empregos.

No que se refere ao pedido recursal há se ressaltar que a fixação da indenização por dano moral considera a extensão do prejuízo causado aos ofendidos pelo ofensor.

Na hipótese destes autos, a fixação da indenização por danos morais coletivos, no

importe de R$200.000,00, com destinação ao Fundo de Amparo do Trabalhador, atende aos ditames da proporcionalidade e da razoabilidade. Constitui, com efeito, medida pedagógica que certamente ajudará a recorrida evitar a reincidência, razão pela qual o recurso é provido para condenar a reclamada ao pagamento de indenização no valor de R$200.000,00, a título de dano moral coletivo.

CONCLUSÃO

Ante o exposto conheço dos recursos, e, no mérito, nego provimento ao recurso da reclamada e dou provimento parcial ao recurso do reclamante para:

a) reconhecer a nulidade de todos os contratos de trabalho dos ocupantes de "empregos em comissão" com atribuições de direção, chefia e assessoramento, promovendo o seu afastamento em seis meses contados da publicação desta decisão, independente de qualquer outra intimação;

b) determinar que a Hemobrás se abstenha de admitir quaisquer trabalhadores a título de "emprego em comissão" com atribuições de direção, chefia e assessoramento, sem autorização de lei, ficando estipulada a multa de R$10.000,00 por cada trabalhador contratado em desacordo com esta decisão, reversível para o FAT;

c) condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R$200.000,00.

Custas de R$4.000,00, pela reclamada, calculadas sobre R$200.000,00, valor arbitrado à condenação.

É o meu voto.

Acórdão

ACORDAM os Desembargadores da Terceira Turma do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme o contido na respectiva certidão de julgamento (v. fl. retro), em aprovar o relatório, conhecer dos recursos, e, no mérito, negar provimento ao recurso da reclamada e dar parcial provimento ao recurso do reclamante para (a) reconhecer a nulidade de todos os contratos de trabalho dos ocupantes de "empregos em comissão" com atribuições de direção, chefia e assessoramento, promovendo o seu afastamento em seis meses contados da publicação desta decisão, sob pena de multa de R$10.000,00, referente a cada empregado mantido no emprego em desacordo com essa decisão, independente de qualquer outra intimação; (b) determinar que a Hemobrás se abstenha de admitir quaisquer trabalhadores a título de "emprego em comissão" com atribuições de direção, chefia e assessoramento, sem autorização de lei, ficando estipulada a multa de R$10.000,00 por cada trabalhador contratado em desacordo com esta decisão, reversível para o FAT; (c) condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R$200.000,00. Custas de R$4.000,00, pela reclamada, calculadas sobre R$200.000,00, valor arbitrado à condenação. Decisão nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

CILENE FERREIRA AMARO SANTOS
Desembargadora do Trabalho

Processo: 01325-2012-008-10-00-8-RO

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM - COFEN. CONTRATAÇÃO DE APRENDIZES. Os Conselhos de Fiscalização Profissional são autarquias sui generis e por isso estão submetidos ao disposto no art. 37, II, da CR (STF RE 539224, e MS 28469). Uma vez aplicável a exigência do concurso público (art. 37, II, da CR), não se mostra exigível o cumprimento do art. 429, da CLT, por incompatível com a norma constitucional referida. Recurso conhecido e provido.

Relatório

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança contra decisão proferida pela Excelentíssima Juíza Sílvia Mariózi dos Santos, da 8ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, que denegou a segurança.

Os embargos declaratórios opostos pelo impetrante foram providos para sanar omissão e contradição (fls. 198/203).

Recorre o impetrante postulando a reforma do julgado para que seja declarada a sua natureza jurídica de autarquia, e por consequência seja afastada a obrigatoriedade de contratação de aprendizes, de que trata o art. 429 da CLT.

O Ministério Público do Trabalho, no parecer de fl. 231, da lavra do Excelentíssimo Procurador Eneas Bazzo Torres, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Voto

I - ADMISSIBILIDADE

O recurso é tempestivo e regular.

Não se aplica a regra de alçada em ação de mandado de segurança na forma da Súmula n.º 365, do TST.

As partes estão regularmente representadas à fl. 27 e na forma da Súmula nº 436 do TST.

Não obstante o disposto no art. 790-A, parágrafo único, da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho vem aplicando aos conselhos de fiscalização profissional, a isenção de custas prevista no Decreto-lei n.º 779/69, entendimento que se acolhe com a ressalva da Relatora.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos do recurso, dele conheço.

II - MÉRITO

CONTRATAÇÃO DE APRENDIZES POR CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

O recorrente postula a reforma do julgado para que seja declarada a sua natureza jurídica de autarquia, e, por consequência postula a não obrigatoriedade de contratação de aprendizes, nos moldes do art. 429 da CLT.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que os Conselhos de Fiscalização Profissional são autarquias sui generis e por isso estão submetidos ao disposto no art. 37, II, da CR.

Vejam as decisões:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CF. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO. 1. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CB/88, quando da contratação de servidores. 2. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. 3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir,

não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026). 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: ... REMESSA OFICIAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO PROFISSIONAL. NÃO ADSTRIÇÃO À EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO, PREVISTA NO ART. 37, II, DA CF. PROVIMENTO. I – Os conselhos profissionais, não obstante possuírem natureza jurídica autárquica conferida por lei, estão, no campo doutrinário, classificados como autarquias corporativas, não integrando a Administração Pública, mas apenas com esta colaborando para o exercício da atividade de polícia das profissões. Conclusão em que se aporta por carecerem aqueles do exercício de atividade tipicamente estatal, o que lhe acarreta supervisão ministral mitigada (art. 1º, Decreto-lei 968/69), e de serem mantidas sem percepção de dotações inscritas no orçamento da União. II – Aos entes autárquicos corporativos não são aplicáveis o art. 37, II, da Lei Maior, encargo exclusivo das autarquias integrantes da estrutura administrativa do estado, únicas qualificáveis como longa manus deste. III – Remessa oficial provida. Pedido julgado improcedente. 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento." (RE 539224, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012 RT v. 101, n. 923, 2012, p. 684-690)

"AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. OBSERVÂNCIA DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DO ESTADO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA. ANÁLISE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA RESTAURAR O DEVIDO PROCESSAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA E POSSIBILITAR UM MELHOR EXAME DA MATÉRIA. 1. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União (art. 71, II, CRFB/88). 2. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CRFB/88, quando da contratação de servidores. Precedente: RE 539.224, 1ª Turma Rel. Min. Luiz Fux, DJe.- 18/06/2012. 3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026). 4. In casu, está em discussão tese relacionada à contratação dos impetrantes, ocorrida há mais de 10 (dez) anos, e a alegação de desrespeito ao processo de seleção e às regras constitucionais aplicáveis (art. 37, II, CRFB/88), fatos que

tornam imperativa a análise mais apurada do mandado de segurança, sobretudo em decorrência do princípio da proteção da confiança legítima. 5. Agravo regimental provido apenas para possibilitar um melhor exame do mandado de segurança e facultar às partes a oportunidade de sustentação oral." (MS 28469 AgR-segundo, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 09-05-2013 PUBLIC 10-05-2013)

Em face do entendimento do STF, no sentido de que se aplica aos Conselhos de Fiscalização, a regra do art. 37, II, da CR, não se mostra aplicável o art. 429, da CLT, no que diz respeito à contratação de aprendizes, em face da incompatibilidade vertical com a norma constitucional.

Dessa forma, emerge líquido e certo o direito de não contratar aprendizes, não havendo nessa conclusão nenhuma violação dos arts. 21, XXIV, 205 e 227, da CR, 2º, 429 e 626, da CR, 10, §§ 1º e 2º, 16, parágrafo único, do Decreto n.º 5.598/2005.

Recurso provido para conceder a segurança e determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir o cumprimento do art. 429, da CLT do impetrante.

CONCLUSÃO

Em face do exposto conheço do recurso, e, no mérito, dou-lhe provimento para conceder a segurança e determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir o cumprimento do art. 429, da CLT do impetrante.

Acórdão

ACORDAM os Desembargadores da Terceira Turma do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, e conforme o contido na respectiva certidão de julgamento (v. fl. retro), por unanimidade aprovar o relatório, conhecer do recurso, e, no mérito, dar-lhe provimento para conceder a segurança e determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir o cumprimento do art. 429, da CLT do impetrante. Decisão nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Ementa aprovada.

CILENE FERREIRA AMARO SANTOS
Desembargadora do Trabalho

Processo: 02659-2012-102-10-00-9-RO

Ementa: DANOS MORAIS/EXISTENCIAIS. CONFIGURAÇÃO. JORNADAS DE TRABALHO EXTENUANTES. INOCORRÊNCIA. "O dano existencial está diretamente ligado à impossibilidade de o trabalhador usufruir o convício social e familiar ou de algum projeto de vida específico, em razão do ato ilícito do empregador. Como bem entendido pela decisão recorrida, a existência de horas extras, por si só, não constitui autorização para deferimento de dano existencial, quando não foi apontado nenhum fato concreto na inicial que o possa indicar". Assim, não configurado o alegado dano existencial, não há falar na indenização compensatória correspondente. Ressalvado entendimento do Relator.

Relatório

A Exmª Juíza do Trabalho Substituta, Drª Idalia Rosa da Silva, Auxiliar da 2ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, por meio da r. sentença de fls. 223/229, julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados com a inicial para condenar a Reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos.

Inconformado, o Reclamante interpôs recurso ordinário às fls. 252/256-verso, insurgindo-se contra o indeferimento da indenização por danos morais (existenciais) e dos reflexos das horas extras deferidas em outras verbas.

A Reclamada apresentou contrarrazões ao recurso às fls. 270/273, pugnando, de plano, pelo não conhecimento parcial do recurso do Reclamante por ausência de interesse, ante o deferimento dos reflexos das horas extras deferidas em outras verbas, pugnando, no mais, pelo seu improvimento.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, na forma do permissivo contido no art. 102 do Regimento Interno desta Casa.

Foi determinada a inclusão em pauta do presente feito junto com o AIRO 0008672-42.2013.5.10.0000.

É o relatório.

Voto

ADMISSIBILIDADE

O recurso ordinário do Reclamante é tempestivo e ostenta representação regular. Não obstante isso, dele não conheço no que pertine à pretensão dos reflexos das horas extras deferidas nos salários trezenos e nas férias, inclusive o terço, percebidas no curso do contrato por ausência de interesse recursal, já que r. sentença recorrida já contempla essa pretensão, conforme se constata dos termos consignados à fl. 227, verbis:

"Assim sendo, defere-se o pagamento das horas extras excedentes da 8ª diária ou 44ª semanal, acrescido do adicional legal, observando-se o divisor 220. Por habituais, também são devidos os reflexos consectários em aviso prévio, DSR, f érias e 1/3, 13º salários e FGTS (8% e 40%)".

Esclareça-se à parte recorrente que a postulada "diferenças de 13º terceiro salário e férias (+1/3)" em decorrência da supressão das horas extras se encontra totalmente atendida com o deferimento dos reflexos das referidas horas extras pelo Juízo a quo.

Assim, não conheço do recurso do Reclamante, nesse particular, conhecendo quanto ao mais.

A Reclamada foi intimada para apresentar contrarrazões ao recurso do Reclamante em 1º/07/2013 (segunda-feira), começando a contagem do octídio legal em 02/07/2013 (terça-feira), vindo a findar em 09/07/2013 (terça-feira).

As contrarrazões da Reclamada somente foram protocolizadas em 05/08/2013 (segunda-feira), portanto quando já ultrapassado o prazo legal de 8 dias.

Assim, não conheço das contrarrazões ao recurso apresentadas pela Reclamada às fls. 271/273, por intempestivas.

Conheço parcialmente do recurso do Reclamante e não conheço das contrarrazões da Reclamada.

MÉRITO

DANOS MORAIS (EXISTENCIAIS)

O dano existencial constitui espécie de dano imaterial que acarreta à vítima, de

modo parcial ou total, comprometendo a sua liberdade de escolha e consequentemente frustrando o seu projeto de vida, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.

O dano moral é gênero, do qual é espécie o dano existencial e, portanto, nessa ótica será analisado.

Na inicial, o Reclamante postulou a condenação da Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais existenciais.

Alega que, em decorrência das horas extraordinárias a que foi obrigado a prestar durante o contrato de trabalho, configurando ato ilícito do empregador, sofreu alterações, com efeitos negativos na esfera das suas relações intersubjetivas, haja vista os momentos de convivência familiar que lhe foram subtraídos em benefício da atividade empresarial a que se dedicava. Pede a condenação da Reclamada ao pagamento da indenização compensatória correspondente a R$ 30.000,00.

A magistrada de piso indeferiu a pretensão nesse sentido manifestada aduzindo o seguinte, verbis:

"Registre-se, inicialmente, que o dano existencial constitui espécie de dano 'imaterial' ou 'não material' que acarreta à vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida (nas dimensões familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua vida de relação, notadamente na seara da convivência familiar, profissional ou social.

No caso dos autos, a mera prorrogação da jornada de trabalho do reclamante não constitui fato suficiente para configurar o dano existencial alegado em exordial.

Indefere-se, pois, o pleito em testilha" (fls. 223/229).

Em recurso, o Reclamante reafirma o seu direito à indenização em comento, afirmando ter ficado provado os prejuízos que experimentou com as jornadas extenuantes que habitualmente cumpriu no curso do contrato de trabalho.

Vejamos, inicialmente, a conceituação do instituto do dano moral pela doutrina.

Para SAVATIER, dano moral "é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legitima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc". (Traité de La Responsabilité Civile, vol.II, nº 525, in Caio Mario da Silva Pereira, Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989).

Para o Professor Yussef Said Cahali, dano moral "é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)". (Cahali, Yussef Said. Dano Moral. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998).

Para a configuração do dano moral faz-se necessário a conjugação de três elementos: o dano, o nexo causal e a conduta.

O dano consiste na diminuição ou subtração de um bem jurídico - seja o patrimônio, a moral, a honra, a saúde - de um indivíduo, como consequência da conduta culposa de outrem.

Sobre o tema, Alcino Salazar assim dispõe:

"dano, em sentido amplo, é toda e qualquer subtração em diminuição imposta ao complexo de nossos bens, das utilidades que formam ou propiciam o nosso bem estar, tudo o que, em suma, nos suprime uma utilidade, um motivo de prazer ou nos impõe um sofrimento é dano, tomada a palavra em sua significação genérica. Na esfera do Direito, porém, o dano tem uma compreensão mais reduzida: é a ofensa ou lesão dos bens ou interesses suscetíveis de proteção jurídica." (SALAZAR, Alcino de Paula. Reparação do Dano Moral. Rio de Janeiro, p.125).

Quanto ao dano moral, a doutrina traz, ainda, o seguinte conceito:

"A noção e conceito de dano moral, inclusive laboral, é muito mais amplo, pois, cobre todo o espectro da personalidade humana - alcançando todos os atos ilícitos que causem, desnecessária e ilicitamente, desassossego, desconforto, medo, constrangimento, angústia, apreensão, perda da paz interior, sentimento de perseguição ou discriminação, desestabilização pessoal, profissional, social e financeira". (Jorge Pinheiro Castelo, LTR 66-10/1188).

É certo que a configuração do dano moral somente é aferível quando a prova é insofismável, não deixando margem à dúvida quanto à repercussão do sofrimento causado à vítima, sendo do Reclamante o ônus da prova, conforme disposto nos arts. 818 da CLT e 333, I, CPC, por se tratar de fato constitutivo do pretenso direito à percepção da indenização respectiva.

Nas relações de trabalho, o dano moral/existencial ocorre quando o trabalhador sofre prejuízo na sua vida fora do serviço, em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador que excede no exercício do poder hierárquico que lhe reconhecido.

O art, 5º, X, da Constituição Federal, assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, e assegura o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O dano existencial ou o dano à existência da pessoa "consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.)

São elementos do dano existencial: o ato ilício, o nexo de causalidade, o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações.

A conduta ilícita do empregador que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais (familiares, atividades recreativas e extralaborais), obstruindo a integração do trabalhador à sociedade e frustrando o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e caracteriza dano existencial.

O dano moral é fruto da violação de um direito imaterial ou extrapatrimonial do empregado. Ao dano existencial se acrescenta o fato de ser constatado de forma objetiva, por importar em uma sequência de alterações prejudiciais ao cotidiano, com a perda da qualidade de vida do trabalhador, por lhe obstar o direito de exercer uma determinada atividade e/ou participar de uma forma de convívio inerente à vida privada. (art. 5º, X, da Constituição Federal)

No entendimento do relator, o trabalho prestado em jornadas que excederam habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável (art. 59 da CLT), representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador.

Nesse sentido, precedente do Col. Tribunal Superior do Trabalho:

"RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. 1. SUBMISSÃO DO TRABALHADOR À JORNADA EXTENUANTE. DANO MORAL. A conquista e a afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por dano moral encontra amparo no art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, da CF/88). No caso concreto, o pedido de indenização por dano moral envolve duas causas de pedir. Em relação à primeira, o alegado dano decorre da conduta patronal no sentido de mascarar a relação trabalhista mediante fraude, com a inclusão do Reclamante no quadro societário da empresa visando ao barateamento da sua mão de obra. Embora evidentes os prejuízos financeiros sofridos pelo obreiro, considera-se que a circunstância fática vivenciada por ele não representa violação ao direito da personalidade do trabalhador, submetendo-se apenas à reparação econômica, como a que se operou nesta demanda, pela determinação de serem satisfeitas as obrigações inadimplidas no curso do contrato de trabalho. Assim, não há falar, aqui, em dano moral. Entretanto, em relação à segunda causa de pedir, deve ser reformada a decisão. Isso porque o Reclamante fundamenta o pedido no fato de ter sido submetido a uma jornada extenuante, quando obrigado a cumprir plantão durante sete dias consecutivos. O acórdão confirma o fato, ao consignar que -No que se refere à realização de plantões por 07 dias consecutivos, apesar da exaustiva jornada de trabalho, o Reclamante mantinha-se em regime de prontidão, o que não se confunde com efetivo labor, tanto que, na Inicial, relatou-se que os empregados plantonistas dormiam no estabelecimento da Empresa-. Diante de tal quadro, é manifesto o dano ao patrimônio moral do ser humano, que vive de sua força de trabalho. A exigência de uma extensa jornada de trabalho, em que o empregado permanece 7 dias consecutivos à disposição do empregador, reflete nítido desrespeito ao direito de descanso e à comunhão familiar, minando condições essenciais para a manutenção de equilíbrio físico e emocional do Reclamante e gerando indiscutível dor íntima, desconforto e tristeza. Recurso de revista conhecido e provido, no aspecto." (Proc. ARR - 737-61.2011.5.18.0011 Julgamento: 26/06/2013, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Ac. 3ª Turma, Publicação: DEJT 01/07/2013)

"DANO MORAL COLETIVO. A reparação por dano moral coletivo visa à inibição de conduta ilícita do Reclamado e atua como caráter pedagógico. Assim deve servir como meio apto a coibir a reiterada exigência de prestação de jornada extenuante e prevenir lesão a direitos constitucionais fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, que atinge a coletividade como um todo, e possibilita a aplicação de multa a ser revertida ao FAT, com o fim de evitar e reparar perante a sociedade a conduta lesiva, servindo como elemento pedagógico de punição. Recurso de Revista conhecido e provido." (Proc. ARR – 14900-80.2006.5.01.0080, Julgamento: 28/03/2012, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, Ac. 4ª Turma, Publicação: DEJT 03/04/2012)

Embora o contrato de trabalho tenha durado por pouco mais de dois anos, ao submeter o empregado ao cumprimento de jornada excessiva durante esse período, chegando, inclusive, a trabalhar mais de 4 horas extras por dia, no primeiro ano de contrato, e 3h30 no segundo ano, com jornada parcial aos sábados e uma folga semanal, a Reclamada, no entendimento do relator, incorreu em ilícito contratual, por extrapolar o limite legal (art. 59 da CLT), a revelar a superveniência de prejuízo social e familiar ao trabalhador, de modo a interferir significativamente na sua esfera existencial, circunstância que dispensa demonstração, pois ressalta do excesso comprovadamente havido.

Nesse sentido precedente do C. TST em se tratando de férias não usufruídas por longos anos:

"DANO MORAL. DANOEXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, -consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.- (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilício,

o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema." (TST RR – 727-76.2011.5.24.0002. Julgamento: 19/06/2013, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, Ac. 1ª Turma, Publicação: DEJT 28/06/2013)

Não tem sido esse, porém, o entendimento prevalente neste Eg. Regional (0001970-02.2012.5.10.0102-RO), como bem posto pela Exmª Desembargadora Revisora, Drª Cilene Ferreira Amaro Santos, nas ponderações apresentadas, cujos termos adoto, com ressalva de entendimento pessoal, como razões de decidir, verbis:

"O reclamante postula a reforma do julgado quanto ao indeferimento do pedido de indenização por danos morais existenciais.

Os atos ilícitos podem configurar dano moral e dano material, sendo este de natureza patrimonial e aquele de natureza extrapatrimonial. Dano moral e dano existencial são espécies do gênero dano de natureza extrapatrimonial, contudo, os elementos de caracterização de um e outro são diferentes.

O dano existencial não se refere à violação dos direitos da personalidade, ou seja, não se relaciona com a esfera de intimidade do indivíduo, sua honra ou sua imagem. O dano existencial exige a configuração de aspectos concretos, como bem admite a petição inicial e está afeto a uma frustração do trabalhador pela sua não realização do ponto de vista pessoal, decorrente das condições de trabalho.

Dessa forma, a verificação do dano existencial é objetiva, exigindo demonstração de alteração danosa no projeto de vida do indivíduo, relacionados a questões culturais, recreativas, familiares, entre outras.

A inicial, embora admita que o dano existencial exige aspectos concretos, objetivos, faz um discurso sobre tal modalidade danosa, mas não aponta nenhuma afetação concreta de projeto de vida do empregado.

Uma vez que nosso ordenamento jurídico consagra o princípio do contraditório, do qual decorre a ampla defesa, é necessária a narrativa adequada dos fatos na inicial para que a parte possa se defender de fatos concretamente apontados e para que o juiz possa analisar se existe ou não o dano apontado. Interessa também à parte autora a narrativa adequada do fato danoso, haja vista que o ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito postulado (arts. 818, da CLT e 333, I, do CPC).

O dano existencial está diretamente ligado à impossibilidade de o trabalhador usufruir o convívio social e familiar ou de algum projeto

de vida específico, em razão do ato ilícito do empregador. Com bem entendido pela decisão recorrida, a existência de horas extras, por si só, não constitui autorização para deferimento de dano existencial, quando não foi apontado nenhum fato concreto na inicial que o possa indicar.

Na inicial o reclamante registrou que foi vítima de dano existencial, explicitando que o ilícito deve ser indicado de forma objetiva e concreta, com o apontamento dos efetivos prejuízos. Embora sabedor dos requisitos configuradores do instituto, o recorrente se limita a noticiar que durante o contrato de trabalho sofreu alterações em suas relações pessoais e familiares, em razão de cumprir jornada além da legalmente autorizada, ou seja, se manifestou de forma genérica, sem apontar nenhum fato concreto que pudesse embasar o seu pedido.

O labor extraordinário prestado pelo empregado já foi objeto de reparação pecuniária e a indenização por dano existencial não pode ser deferida, pura e simplesmente em decorrência do labor extraordinário.

O reclamante não apontou especificamente quais os danos a ele causados, assim como sequer mencionou os efetivos prejuízos à sua existência. Não apontou quais projetos de vida teria sido privado de realizar em razão do labor em horas excessivas. Não se verifica nos autos nenhuma comprovação de que o recorrente teria sido privado do convívio social e com familiares pelo fato de ter excedido sua jornada. As alegações da inicial não tem o condão de caracterizar o instituto do dano existencial, conforme explicitado alhures. Além de não indicar os fatos geradores do dano existencial gerado, não demonstrou nos autos a frustração de vida como consequência do trabalho que alega ser extenuante.

Ademais, o recorrente ora assevera que o dano existencial decorreu de jornada extenuante, ora relata que foi vítima de assédio moral por parte dos colegas de trabalho, ou seja, parece-me que há um equívoco de suas peças que não pode ser sanado nesse momento processual

Dessa forma, tenho por não configurado o dano existencial, razão pela qual, nego provimento nesse aspecto".

Nego, assim, provimento ao recurso.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso ordinário do Reclamante e, no mérito, nego-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Acórdão

ACORDAM os Desembargadores da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho – 10ª Região, em sessão realizada na data e conforme a respectiva certidão de julgamento: aprovar o relatório, conhecer parcialmente do recurso ordinário do Reclamante e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator. Ementa aprovada.

Brasília-DF, 29 de janeiro de 2014.

JOSÉ LEONE CORDEIRO LEITE
Desembargador do Trabalho

www.escolajudicial.trt10.jus.br